

DER OLIGOPOLMISSBRAUCH
DES § 22 ABSATZ 2
IN VERBINDUNG MIT ABSATZ 3
DES GESETZES
GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN
AUF DEM BEHERRSCHTEN MARKT

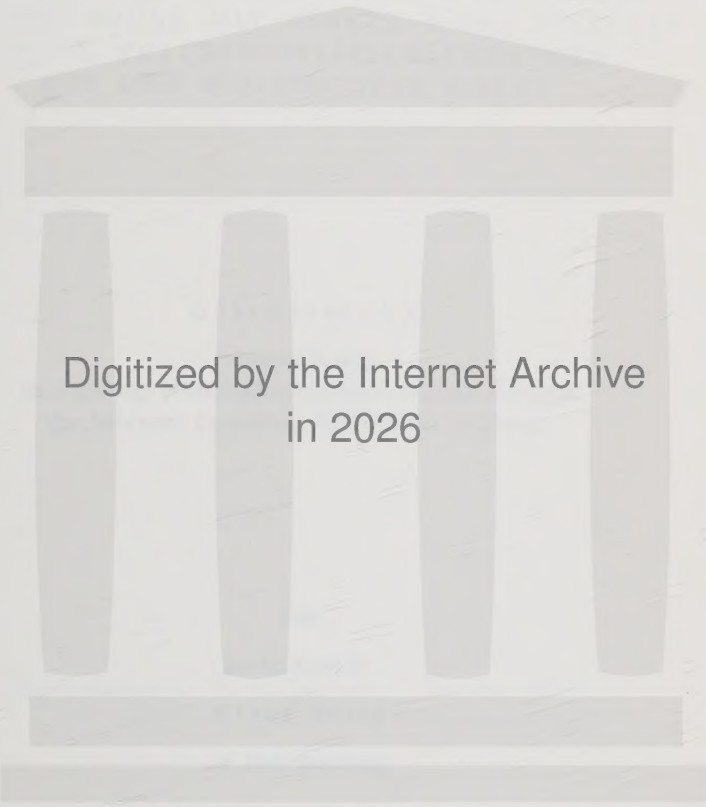
D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

von
Rechtsanwalt
Klaus Beise
in Neu-Isenburg

~~1965~~

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER OLIGOPOLMISSBRAUCH DES § 22 ABSATZ 2
IN VERBINDUNG MIT ABSATZ 3 DES GESETZES
GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN
AUF DEM BEHERRSCHTEN MARKT

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Rechtsanwalt

Klaus Beise

in Neu-Isenburg

1 9 6 5



1. Berichterstatter: Professor Dr. H. Bartholomeyczik
2. Berichterstatter: Professor Dr. Kl. Pleyer

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1966

G E R T R U D

1. Die Geburt der Gertrud	1
2. Die Kindheit der Gertrud	2
3. Die Jugend der Gertrud	3
4. Die Verlobung der Gertrud	4
5. Die Hochzeit der Gertrud	5
6. Die ersten Jahre der Ehe	6
7. Die ersten Kinder	7
8. Die ersten Jahre der Ehe	8
9. Die ersten Jahre der Ehe	9
10. Die ersten Jahre der Ehe	10
11. Die ersten Jahre der Ehe	11
12. Die ersten Jahre der Ehe	12
13. Die ersten Jahre der Ehe	13
14. Die ersten Jahre der Ehe	14
15. Die ersten Jahre der Ehe	15
16. Die ersten Jahre der Ehe	16
17. Die ersten Jahre der Ehe	17
18. Die ersten Jahre der Ehe	18
19. Die ersten Jahre der Ehe	19
20. Die ersten Jahre der Ehe	20
21. Die ersten Jahre der Ehe	21
22. Die ersten Jahre der Ehe	22
23. Die ersten Jahre der Ehe	23
24. Die ersten Jahre der Ehe	24
25. Die ersten Jahre der Ehe	25
26. Die ersten Jahre der Ehe	26
27. Die ersten Jahre der Ehe	27
28. Die ersten Jahre der Ehe	28
29. Die ersten Jahre der Ehe	29
30. Die ersten Jahre der Ehe	30
31. Die ersten Jahre der Ehe	31
32. Die ersten Jahre der Ehe	32
33. Die ersten Jahre der Ehe	33
34. Die ersten Jahre der Ehe	34
35. Die ersten Jahre der Ehe	35
36. Die ersten Jahre der Ehe	36
37. Die ersten Jahre der Ehe	37
38. Die ersten Jahre der Ehe	38
39. Die ersten Jahre der Ehe	39
40. Die ersten Jahre der Ehe	40
41. Die ersten Jahre der Ehe	41
42. Die ersten Jahre der Ehe	42
43. Die ersten Jahre der Ehe	43
44. Die ersten Jahre der Ehe	44
45. Die ersten Jahre der Ehe	45
46. Die ersten Jahre der Ehe	46
47. Die ersten Jahre der Ehe	47
48. Die ersten Jahre der Ehe	48
49. Die ersten Jahre der Ehe	49
50. Die ersten Jahre der Ehe	50
51. Die ersten Jahre der Ehe	51
52. Die ersten Jahre der Ehe	52
53. Die ersten Jahre der Ehe	53
54. Die ersten Jahre der Ehe	54
55. Die ersten Jahre der Ehe	55
56. Die ersten Jahre der Ehe	56
57. Die ersten Jahre der Ehe	57
58. Die ersten Jahre der Ehe	58
59. Die ersten Jahre der Ehe	59
60. Die ersten Jahre der Ehe	60
61. Die ersten Jahre der Ehe	61
62. Die ersten Jahre der Ehe	62
63. Die ersten Jahre der Ehe	63
64. Die ersten Jahre der Ehe	64
65. Die ersten Jahre der Ehe	65
66. Die ersten Jahre der Ehe	66
67. Die ersten Jahre der Ehe	67
68. Die ersten Jahre der Ehe	68
69. Die ersten Jahre der Ehe	69
70. Die ersten Jahre der Ehe	70
71. Die ersten Jahre der Ehe	71
72. Die ersten Jahre der Ehe	72
73. Die ersten Jahre der Ehe	73
74. Die ersten Jahre der Ehe	74
75. Die ersten Jahre der Ehe	75
76. Die ersten Jahre der Ehe	76
77. Die ersten Jahre der Ehe	77
78. Die ersten Jahre der Ehe	78
79. Die ersten Jahre der Ehe	79
80. Die ersten Jahre der Ehe	80
81. Die ersten Jahre der Ehe	81
82. Die ersten Jahre der Ehe	82
83. Die ersten Jahre der Ehe	83
84. Die ersten Jahre der Ehe	84
85. Die ersten Jahre der Ehe	85
86. Die ersten Jahre der Ehe	86
87. Die ersten Jahre der Ehe	87
88. Die ersten Jahre der Ehe	88
89. Die ersten Jahre der Ehe	89
90. Die ersten Jahre der Ehe	90
91. Die ersten Jahre der Ehe	91
92. Die ersten Jahre der Ehe	92
93. Die ersten Jahre der Ehe	93
94. Die ersten Jahre der Ehe	94
95. Die ersten Jahre der Ehe	95
96. Die ersten Jahre der Ehe	96
97. Die ersten Jahre der Ehe	97
98. Die ersten Jahre der Ehe	98
99. Die ersten Jahre der Ehe	99
100. Die ersten Jahre der Ehe	100

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
EINLEITUNG	1
A. DIE ALLGEMEINE ZIELSETZUNG DES GWB	8
Vorbemerkung	8
I. Der Stand der Meinungen	8
1. Drei Gruppen von Meinungen	8
2. Kritische Betrachtung der dritten Gruppe	10
3. Auflösung dieser Gruppe	12
II. Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzgebers	15
1. Institution und Zielsetzung	15
2. Der Gesetzgeber und der Wettbewerb	16
3. Das Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs	20
a) Wettbewerb als allgemeines soziologisches Phänomen	20
b) Der wirtschaftliche Wettbewerb	21
aa) seine Elemente	21
bb) KRAFT	22
cc) FIKENTSCHER	23
dd) MEYER-CORDING	25
ee) GÜNTHER	26
ff) ABBOTT	26
gg) HEFERMEHL	26
hh) KRUSCHE	27
ii) SCHMIDT	28
kk) REISSER	28
ll) HAERRY	29
mm) gemeinsames Merkmal	29
c) Die Rolle der Marktpartner im Wettbewerb;	
das Wesen alternativer Angebote	31
aa) bei ABBOTT und anderen amerikanischen Autoren	31
bb) die Alternative als Konsequenz der Wettbewerbs-	
handlung	32
cc) HAERRY	33
dd) FIKENTSCHER	33
ee) BENISCH	35
d) Der funktionelle Wettbewerbsbegriff KNÖPFLES	36
4. Versuch einer eigenen Definition; ein Beispiel dazu	43
5. "Workable" oder "effective competition"	46
a) Definition durch die wirtschaftlichen Folgen:	
rein wirtschaftspolitischer Begriff	46

	b) Heimliche und geduldet offene Preisunterbietungen im Oligopol	49
	c) Wettbewerbsbegriff und die Unterbietungshandlungen der "workable competition"	53
III.	Wettbewerbsschutz und Betätigungsschutz	54
	1. Wettbewerbsschutz = Freiheitsschutz	54
	2. BENISCH: Freiheitsschutz nur der Wettbewerber	56
	3. Unhaltbarkeit eines rein wirtschaftspolitischen Verständnisses der Institution Wettbewerb	58
B.	DIE ZIELSETZUNG DES GWB FÜR OLIGOPOLISTISCHE MÄRKTE	61
	Vorbemerkung	61
I.	Das Oligopolproblem in der Sicht des Gesetzgebers	63
	1. Die Materialien	63
	2. Stufenweises Erfassen des Oligopolproblems	64
II.	Die Wirtschaftspolitik und das Oligopolproblem	66
	1. Die herrschende wirtschaftspolitische Überzeugung als Ausgangspunkt für die Bestimmung des "Willens des Gesetzgebers"	66
	2. Wettbewerbsordnung und ORDO-Gedanke der "Freiburger Schule"	67
III.	Die Verfassung und das Oligopolproblem	70
	1. Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung	70
	2. Die wirtschaftlichen Freiheiten; insbesondere die Freiheit der Verbrauchswahl als Wettbewerbsfreiheit der Kunden	70
	3. Der Konflikt der wirtschaftlichen Freiheiten	73
	a) Grundrechtsgüterkonflikte nach FIKENTSCHER	73
	b) Von FIKENTSCHER nicht verfolgte Konflikte	74
	c) Die Vertragsfreiheit der Kunden als Konfliktsgut	75
	aa) RAISER	75
	bb) BIEDENKOPF	75
	cc) EUCKEN	77
	dd) FIKENTSCHER	77
	ee) Würdigung	79
	d) Das Eigentum i. w. S. der Kunden als Konfliktsgut	79
	e) Die relevanten Konflikte	80
	4. Die Entscheidung der Verfassung	80
	a) Art. 74 Nr. 16 u. Nr. 11: Verfassungserheblichkeit privater wirtschaftlicher Macht	80

b) Art. 19 II GG als Grenze privater Freiheitsbe-	
schränkung	81
aa) Drittwirkung des Art. 19 II allgemein	81
bb) Drittwirkung des Art. 19 II im Wettbewerbsrecht	83
1. FIKENTSCHER: Unmittelbare Anwendung des	
Art. 19 II für jeden Markt	83
2. Entgegen LEISNER: Entsprechende Anwendung	
des Art. 19 II für jeden Markt	85
c) Die Grundpflicht der Sozialität	88
d) Der Sozialgestaltungsauftrag an den Staat	91
e) Gemeinwohl als Maßstab staatlicher Eingriffsbefugnis	92
f) Gemeinwohlmaßstab nicht für autonome Eingriffe	
Privater	95
g) Soziale Marktwirtschaft - keine Präponderanzent-	
scheidung der Verfassung über die Freiheiten	99
aa) Entscheidung für gleiche Freiheit	99
bb) BARTHOLOMEYCZIK	100
cc) NIPPERDEY	100
dd) LEISNER	101
ee) BVerfG (Investitionshilfe-Urteil)	102
5. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Betrachtung	106
IV. Die Entstehungsgeschichte der Oligopolregelung	107
1. Gesetzgeber und Verfassungsauftrag	107
2. Die dem heutigen § 22 vorangehenden Formulierungen	108
3. Die Erläuterungen zu den Entwürfen der ursprünglichen	
Fassung	110
4. Der maßgebende Inhalt des gesetzgeberischen Willens	
bei der ursprünglichen Regelung	117
5. Die Entstehungsgeschichte der Novelle	119
C. DIE REGELUNG DES OLIGOPOLMISSBRAUCHS IN § 22 II MIT III	124
Vorbemerkung	124
I. Das marktbeherrschende Oligopol	124
1. "marktbeherrschend"	124
2. "aus tatsächlichen Gründen"	126
3. Nicht ein Verhalten, sondern eine Lage ist gemeint	126
4. "wesentlicher Wettbewerb"	127
5. Die Intensität der Herrschaft	130
6. Definition des wirtschaftswissenschaftlichen Oligopols	
durch die typische Art seiner Marktstellung	132
II. Der Inhalt des auf Absatz 2 bezogenen Mißbrauchsbegriffs	
in § 22 III	133

1. Das Verhältnis des Absatzes 3 zu Absatz 1 und 2	133
2. Ausnutzung der Marktstellung, nicht "marktbeherrschenden" Stellung	134
a) Marktstellung ist die Oligopolstellung	134
aa) Nach der Formulierung des Abs. 3 a. F.	134
bb) Nach der Formulierung des Abs. 3 n. F.	135
b) Beim Oligopolunternehmen ist eine ausnutzbare marktbeherrschende "Stellung" auf dem oligopolistischen Markt nicht denkbar	136
c) Beim Monopol dagegen ist marktbeherrschende Stellung gleich Marktstellung	137
d) "mißbräuchliche" Ausnutzung	137
e) Keine Vorabentscheidung in Absatz 3 außerhalb des Mißbrauchsbegriffs	138
3. Die Bedeutung des als-marktbeherrschend-"Geltens" in Absatz 2	139
4. Kritische Betrachtung der bisherigen Auslegungsversuche zu § 22 II mit III	140
a) Ungerechtfertigte Gleichsetzung von marktbeherrschendem Oligopol und Monopol	140
b) Richtig: Bewertung des Marktverhaltens erst im Mißbrauchsbegriff	144
c) Die sog. Ordnungstheorie (LANGEN)	146
5. Der Rechtsmißbrauch als Mittel zur Bestimmung des Mißbrauchsbegriffs	147
a) Wortsinn des Mißbrauchsbegriffes	147
b) Der Rechtsmißbrauch	147
c) Mißbrauch der Handlungsfreiheit	150
d) Grenzen für die Nutzarmachung des Rechtsmißbrauchs	151
6. Die Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nach dem GWB	152
a) Zwei Arten von Schranken	152
b) Immanente Schranken: nicht aus GWB bestimmbar	153
c) Legislative Schranken: nur durch GWB bestimmbar	154
d) SARNIGHAUSENS Zirkelschluß beim "Mißbrauch" des § 22	156
7. Die verfassungsrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit	159
a) Mißbrauch = abgestimmter Wettbewerbsverzicht	159
b) Die sog. Branchengefährdung: kein Mißbrauch	160
c) Abweichend: der Mißbrauchsbegriff der "Ordnungstheorie"	161

d) Mißbrauch und Durchsetzbarkeit des Wettbewerbs	163
aa) Wettbewerbsgebot sinnlos bei Übermacht des Furchtmotivs	163
bb) Die "Ruinöse Konkurrenz"	164
cc) Unwirklichkeit des Furchtmotivs	166
8. Mißbrauch "bei Abschluß von Verträgen ... beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen"	
- Kopplung - Diskriminierung	172
a) Nach der alten Fassung des § 22 III	172
b) Nach der neuen Fassung des § 22 III	174
D. DAS EINGRIFFSRECHT DER BEHÖRDE IN § 22 IV - BESTÄTIGUNG DES GEFUNDENEN MIßBRAUCHSBEGRIFFS	177
Vorbemerkung	177
I. Die der Kartellbehörde zugewiesene Aufgabe	178
1. Ermessensfreiheit	178
2. § 70 IV als Hinweis auf Maßstäbe der Ermessensausübung	178
3. Äußere Grenze: Ermächtigung nur zur "Vernichtung"	179
4. Freiheitliche und wirtschaftspolitische Zielsetzung des Gesetzes als Maßstab	181
5. Privatinitiative im Dienste des gemeinen Wohles	182
6. Durchführung der Aufgaben aber mit den gesetzlichen Instrumenten	182
7. Erste Aufgabe der Behörde: Unternehmen in die gesetzliche Ausnahmeregelung abzudrängen	184
8. Zweite Aufgabe der Behörde: Wiederherstellung des Wettbewerbs	184
II. Begrenzung der Aufgabe nach dem Umfang der Verwaltungsmittel	185
1. Verwaltungsmittel erlauben nicht Verfolgung jedes Mißbrauchs	185
2. Maßstab für die Auswahl der Eingriffsfälle: die "Schwere" der privaten Freiheitsbeschränkung	186
III. Die erzieherische Funktion eines Eingriffs in ausgewählten Fällen	188
IV. Non-enforcement als Ausdruck rechtsstaatlicher Zurückhaltung	190
V. Eingriffsermächtigung ergänzt den gefundenen Mißbrauchs-begriff	192

VIII

E.	BESTÄTIGUNG DER FREIHEITLICHEN ZIELSETZUNG FÜR OLIGOPOLE AUS DER REGELUNG DES GESETZES	193
F.	VERGLEICHENDER BLICK AUF DAS KARTELLRECHT DER EWG	194
I.	Artikel 85 EWGV	194
	1. Übersicht	194
	2. "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen"	194
	3. Der geschützte Wettbewerb	196
	4. Die hoheitliche Freistellung vom Verbot des Art. 85 I durch Erklärung nach Art. 85 III über die Nichtanwendbarkeit des Art. 85 I	198
	5. Bestätigung der Auslegung des § 22 II-IV durch Art. 85	200
II.	Artikel 86 EWGV	201
	1. Übersicht	201
	2. Verhältnis zu Art. 85	201
	3. "beherrschende Stellung"	202
	4. "mißbräuchliche Ausnutzung"	203
	5. Die praktischen Folgen eines Mißbrauchs nach Art. 86 und eines (verfolgten) Mißbrauchs nach § 22 III sind ähnlich	204
	SCHLUSSBETRACHTUNG	206

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- ABBOTT Qualität und Wettbewerb, Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie, München u. Berlin 1958, deutsch von N. Lochner
- AXSTER Das Oligopol im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Betrieb 1957, S. 937
- BACHOF Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaats, VVDStL 12, S. 37
- BACKMAN Price Practices and Price Policies, Selected Writings, New York, 1953
- BAIN Workable Competition in Oligopoly, Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence, American Economic Review, XL, Supplmt. (May 1950), S. 45
- BALLERSTEDT Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267
- Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 1, Berlin, 1958
- BARNIKEL Zur Theorie des 'Möglichen Wettbewerbs', WuW 1958, S. 600
- BARTHOLOMEYCZIK Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ, §§ 22-24
- Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt a. M., 1. Aufl. 1951
- BAUMBACH - HEFERMEHL Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München - Berlin, 1960
- BENISCH Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.1.1960 (Kohlenplatzhandel), WuW/E BGH 373
- Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ, § 35
- Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764
- Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, S. 765

- BERG Präsident Berg antwortet Professor Erhard, Die Auffassung der Industrie zur Kartellfrage, WuW 1952, S. 857
- BERICHT des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1961, DBT, 4. Wahlperiode, Drs. IV/378
- BIEDENKOPF Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Biedenkopf - Callmann - Deringer, Aktuelle Grundsatzzfragen des Kartellrechts, 1957
- Grundgesetz und Kartellverbot, Der Betriebsberater, 1956, S. 974
- Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes, Stellungnahme zu einem Gutachten von Prof. Dr. E.R. Huber, Der Betriebsberater, 1956, S. 473
- Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg, 1958
- BÖHM Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe, 1961, Bd. I, S. 1
- BRUGGER Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467
- BURNS Antitrust and Robinson Patman Act Problems, Intracorporate Problems, in: The Antitrust Bulletin, Sept./Oct. 1962, S. 706 (Oligopolies)
- CHRISTL Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung, Zugleich ein Beitrag zum Mißbrauch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Betriebsberater 1960, S. 297
- CLARK The Orientation of Antitrust Policy, American Economic Review, XL, May 1950, No. 2, Pap. and Proc., S. 93
- Towards a Concept of Workable Competition, American Economic Review, XXX, June 1940, S. 241
- DERINGER Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (WuW/EWG-Wettbewerbsrecht), beginnend mit WuW 1962, S. 785

- DICHGANS Zum Begriff des Mißbrauchs im Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, WuW 1958, S. 658
- DILCHER Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei
Verträgen, NJW 1960, S. 1040
- DÖRINKEL Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellauf-
sichtsbestimmungen des GWB, WuW 1959, S. 81
- DREWS - WACKE Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961
- DÜRIG Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat,
JZ 1953, S. 193
- EDWARDS - RAHL -
ROWE Public Policy Towards Competition, New Antitrust
Directions, New York 1962
- ENNECCERUS -
NIPPERDEY Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil,
Erster Halbband, 15. Aufl. 1959
- ERHARD Professor Erhard zur Kartellfrage, Zehn Thesen zur
Verteidigung der Verbotsgesetzgebung, WuW 1952,
S. 733
- Deutsche Wirtschaftspolitik, Düsseldorf - Wien -
Frankfurt, 1962
- EUCKEN Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1959
- EWALD Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle? WuW 1956,
S. 253
- FECHNER Freiheit und Zwang im Sozialen Rechtsstaat,
Tübingen, 1953
- FELLNER Collusion and its Limits under Oligopoly, American
Economic Review, Pap. and Proc., XL, May 1950,
No. 2, S. 54
- Competition Among the Few, Oligopoly and Similar
Market Structures, New York 1949
- FIKENTSCHER Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge
mit Dritten, Der Betriebsberater 1956, S. 793
- Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestands-
merkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB,
WuW 1961, S. 788

- FIKENTSCHER Die Preisunterbietung nach Wettbewerbsrecht,
2. Aufl., Heidelberg, 1962
- Die vertikale Preisempfehlung, München - Berlin,
1960
- Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München - Berlin, 1958
- FISCHER Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, Der Betriebsberater 1957, S. 481
- FLUME Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag,
WuW 1956, S. 457
- FORSTHOFF Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeine Lehren, 4. Aufl. 1961
- FRANKFURTER KOMMENTAR siehe: KAUFMANN usw.
- FUCHS Kartellverbot und Einzelvertrag, Köln - Berlin - Bonn - München, 1963
- GABRIEL Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter wettbewerbspolitischen Aspekt, WuW 1961, S. 802
- v. GAMM Das Kartellrecht im EWG-Bereich, Kartellrundschaue, Heft 3, Köln - Berlin - München - Bonn, 1961
- GEHLEN Soziologie der Macht, im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 7. Band, Stuttgart - Tübingen - Göttingen, 1961, unter "Macht (I)"
- GEIGER Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Köln - Berlin, 1955
- GIESE - SCHUNCK Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 1960
- GLEISS - HIRSCH EWG-Kartellrecht, Kommentar, Heidelberg, 1962
- GLEISS - KRACHT Zum Mißbrauch der Monopolmacht, NJW 1959, S. 971
- GRIESBACH Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Betriebsberater 1962, S. 1011

- von der GROEBEN-
von BOECKH Kommentar zum EWG-Vertrag, Band I, Artikel 1-136,
Baden-Baden - Bonn - Frankfurt/M., 1958
- GÜNTHER Die Aufgaben des Bundeskartellamtes in der Wettbe-
werbspolitik, ZHRuWR 125 (1962) S. 38
- Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, Der
Markenartikel 1957, Seite 35
- Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Grün-
dung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,
WuW 1957, S. 275
- Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen, Der Markenartikel 1959,
S. 269
- Zweieinhalb Jahre Antikartellpolitik in Deutschland,
in: Kartelle und Monopole im modernen Recht,
Karlsruhe, 1961, Seite 77
- HAERRY Die Intensität des Wettbewerbs, Ein theoretischer
Beitrag, Züricher Dissertation, Winterthur, 1954
- v. HAHN Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, Zum
Mißbrauchs-begriff des § 22 GWB, Der Betriebsberater
1959, S. 1279
- HEFERMEHL siehe: BAUMBACH - HEFERMEHL
- HELLWIG siehe: MATERIALIEN
- HEUSS Das Oligopol ein determinierter Markt, Weltwirt-
schaftliches Archiv, Band 84, Hamburg 1960, S. 165
- HIRSCH Macht und Recht, JZ 1962, S. 1
- ILLERHAUS siehe: MATERIALIEN
- JESCH Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechts-
theoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht,
Archiv für Öffentliches Recht, Bd. 82 (1957), S. 163
- JOSTENENTWURF siehe: MATERIALIEN
- KARTTE Zum Anwendungsbereich des § 81 Abs. 2 GWB,
NJW 1963, S. 622
- KATZKE Einstweilige Anordnungen in Kartellverfahren,
NJW 1962, S. 1132

XIV

- KAUFMANN - RAUTMANN Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
- v. HAHN - HOFFMANN schränkungen (Frankfurter Kommentar), Köln,
- KREIFELS 1958, Loseblatt, Lieferung 7 (September 1962)
- KLEEMANN Die Wettbewerbsregeln der EWG, Eine kritische Dar-
stellung des Kartellrechts der EWG, Baden-Baden,
1962
- KNÖPFLE Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962,
S. 159
- Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des
Wirtschaftslebens, Köln 1966
- v. KÖHLER Besprechung von Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft
und Grundgesetz, WuW 1962, S. 336
- Der verkannte § 81 GWB und das Problem einer Teil-
rezeption, NJW 1962, S. 1942
- KÖNIGS Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wett-
bewerbs, NJW 1961, S. 1041
- KRAFT Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbs-
recht, München, 1963
- KRELLE Preistheorie, St. Gallener wirtschaftswissenschaftli-
che Forschungen, Tübingen - Zürich, 1961
- KRUSCHE Marktverhalten und Wettbewerb, Eine Untersuchung
zum GWB, Berlin, 1961
- Die solidarische Unternehmensgruppe im GWB,
WuW 1962, S. 122
- KÜHN Abgabenordnung, Kommentar, 6. Aufl. 1961
- KUHR Demokratie und Monopol in den Vereinigten Staaten
von Amerika, Bad Nauheim, 1954
- KURLBAUM siehe: MATERIALIEN
- LAMPERT Die Preisführerschaft, Versuch einer umfassenden
Darstellung, Jahrbuch für Nationalökonomie und
Statistik 1960, S. 204
- LANGEN Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die
Praxis, 3. Aufl., Neuwied a. R. - Berlin - Spandau-
Darmstadt, 1958

- LANGEN Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrages, Studien zum Europäischen Wirtschaftsrecht, Baden-Baden - Bonn, 1959
- LANZIOTTI Competitive Price Leadership, A Critique of Price Leadership Models, in: The Review of Economics and Statistics, Cambridge, Mass., Vol. 39 (1957), S. 55
- LEIBHOLZ Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe 1958
- LEISNER Grundrechte und Privatrecht, München, 1960
- Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit - BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil), JuS 1962, S. 463
- LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln - Berlin - München - Bonn, 1961
- LUKES Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter Hand und der Preisempfehlung, JuS 1962, S. 161
- Der Kartellvertrag, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, Köln - Berlin - Bonn - München, 1959
- v. MANGOLDT - KLEIN Das Bonner Grundgesetz, Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, Bd. I, 2. Aufl. 1957
- MATERIALIEN
1. JOSTENENTWURF, abgedruckt in WuW 1952, S. 253
 2. REGIERUNGSENTWURF eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DBT, 2. Wahlp., Drs. 1158, Anlage 1
 3. Amtliche BEGRÜNDUNG der Bundesregierung zum Entwurf eines GWB, DBT, 2. Wahlperiode, Drs. 1158
 4. Schriftlicher BERICHT des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) DBT, 2. Wahlp., Drs. 3644, Bericht I: HELLWIG, Bericht II: KURLBAUM, Bericht IV: ILLERHAUS
 5. ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE des Bundesrates vom 21.5.1954, DBT, 2. Wahlp., Drs. 1158, Anlage 2

6. STELLUNGNAHME der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates, DBT, 2. Wahlp., Drs. 1158, Anlage 3
7. SITZUNGSPROTOKOLLE, DBT, 2. Wahlp., 76. Sitzung v. 24.3.54, S. 4161, 77. Sitzung v. 31.3.54, S. 4227, 222. Sitzung v. 3.7.57, S. 13099, 223. Sitzung v. 4.7.57, S. 13239
8. BERICHT der Bundesregierung über Änderungen des GWB vom 22.8.62 und GUTACHTEN des Wissenschaftlichen Beirates beim BuWiMi vom 23.6.62, DBT, 4. Wahlp., Drs. IV/617
9. REGIERUNGSENTWURF eines Gesetzes zur Änderung des GWB und amtliche BEGRÜNDUNG, beide vom 18.9.64, DBT, 4. Wahlp., Drs. IV/2564
10. Schriftlicher Bericht des WIRTSCHAFTSAUSSCHUSSES (16. Ausschuß), DBT, 4. Wahlp., Drs. IV/3533 (zit. nach WuW/Dokumentation 11/64, S. 834 ff.)

MAUNZ	Deutsches Staatsrecht, Kurzlehrbuch, 11. Aufl. 1962
MAUNZ - DÜRIG	Kommentar zum Grundgesetz, München, Loseblatt, 5. Lieferung 1961
MAYER - WEGELIN	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/M., 3. Ergänzung 1958
MESTMÄCKER	Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen, 1959
MEYER - CORDING	Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461
MÜLLER - ERZBACH	Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, Archiv für Civilistische Praxis, 154. Bd. (34. Band d.n.F.), 1955, S. 316
MÜLLER - GRIES	Kommentar zum GWB, Düsseldorf, 1958
MÜLLER - HENNEBERG	Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ, Einführung
MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar (Gemeinschaftskommentar), 1. Aufl. 1958 und 2. Aufl. 1963

- MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.9.1965, Nachtrag zum Gemeinschaftskommentar in der 2. Aufl. 1963, 1966
- MÜLLER - HENNEBERG Zur Auslegung des § 6 GWB, WuW 1961, S. 309
- NICHOLLS The Tobacco Case of 1946, American Economic Review, Pap. and Proc., May 1946, S. 284, abgedruckt bei BACKMAN, S. 262
- NIPPERDEY Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Band IV/2, Berlin, 1962, Seite 741
- Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Auflage der Schrift: Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, in: Kartellrundschau, 1961, Heft 2
- OTTEL Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen? in: Festschrift für Rudolf Isay, 1956, S. 71
- Zwei Jahre deutsche Kartellpolitik, Wettbewerb - Modell oder Wirklichkeit? Frankfurt/M., 1960
- PHILIPPS Vorteile und Risiken des freien Wettbewerbs, in: Die Kartelle und Verbände in unserer Zeit, Zürich, 1956
- PUBLIC POLICY Toward Competition, New Antitrust Directions, The Conference Recorder, An occasional series, herausgegeben vom National Industrial Conference Board, Inc., New York, 1962, siehe auch: EDWARDS - RAHL - ROWE
- RAHL New Directions in Pricing Policy, siehe: Public Policy ..., Seite 23
- RAISER Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unveränderter Neudruck des im Jahre 1935 erschienen Werkes, Bad Homburg v.d.H., 1961
- Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1
- Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, 1960, Seite 101

XVIII

- RASCH Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., Herne - Berlin, 1958
- REISSER Zum Begriff des Preiswettbewerbs, Dissertation, Kiel, 1959
- REYNOLDS Cutthroat Competition, American Economic Review, XXX, No. 4, Dec. 1940, S. 736
- RINCK Wirtschaftsrecht, Köln - Berlin - Bonn - München, 1963
- RÖPER Diskussionsbeitrag eines Teilnehmers anlässlich eines Vortrages von Prof. Röper - über: Neuere Entwicklungen der Oligopoltheorie, am 3.12.1963 vor dem Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb in Köln (Vortrag noch nicht veröffentlicht)
- Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, Sonderdruck, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Verein für Sozialpolitik, Berlin, 1960, Seite 261
- RÖPKE Jenseits von Angebot und Nachfrage, 3. Aufl. 1961
- ROTHSCHILD Price Theory and Oligopoly, in: The Economic Journal, LVII (1947), S. 299, abgedruckt in: Readings in Price Theory, London, 1953, S. 440
- SARNIGHAUSEN Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Versuch einer Begriffsanalyse, Dissertation, Göttingen, 1961
- SCHACHTSCHABEL Der Wandel des Gerechtigkeitsbegriffes, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge, Bd. 18
- SCHEUNER Die Neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Karlsruhe, 1960
- Die Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsformen und Rechtsschutz, Bericht in: VVDStL 11, (1954)

- SCHMIDT, INGO Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 65, 453
- Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, WuW 64, 120
- SCHMITZ Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2089
- SCHNEIDER Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 7. Aufl., Tübingen, 1961
- SCHÖNING Der Begriff der marktbeherrschenden Unternehmung, Dissertation, München, 1962
- SCHWARTZ Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ, § 18
- SCHWARTZ, L.B. Parallel Action in Oligopolistic Markets (Economic and Legal Problems), in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe, 1961, S. 433
- SEEMANN Zum Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens, Jahrb. f. Sozialwissenschaft, Bd. 13 (1962), S. 305
- SHUBIK Strategy and Market Structure, Competition, Oligopoly, and the Theory of Games, New York, 1959
- SPENGLER Amerikanisches Antitrustrecht, wie es nicht im Baedeker steht, Der Betrieb 1956, S. 957
- Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ, EWG-Kartellrecht
- STAUDINGER - WEBER Band II., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242, 11. Aufl. 1961
- STRICKRODT Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf, 1960
- Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, S. 75
- ULMER, P. Kartellvertrag und gentlemen's agreement, Zugleich eine Stellungnahme zur Schrift von Lukes: Der Kartellvertrag, WuW 1962, S. 1

- WEISSMANN Is Oligopoly Illegal? A Jurisprudential Approach, in:
The Quarterly Journal of Economics, 1960, S. 437
- v. WIESE Artikel "Konkurrenz" im Handwörterbuch der Staats-
wissenschaften, Bd. V, 1923, Seite 825
- WOHLFAHRT - Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommen-
EVERLING - GLAESNER - tar zum Vertrag, Berlin - Frankfurt/M., 1960
SPRUNG
- WÜRDINGER Exportkartell und EWG, WuW 1960, S. 313
- Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und
Wettbewerbsrecht, WuW 1953, S. 721
- Vorwort zur deutschen Ausgabe von: Frederik
Neumeyer, Monopolkontrolle in USA, Berlin, 1953
- ZWEIGERT Gemeinschaftskommentar, siehe: MÜLLER -
HENNEBERG - SCHWARTZ, § 70

E I N L E I T U N G ¹⁾

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ²⁾ enthält in seinem dritten Abschnitt einige besondere Bestimmungen für sogenannte marktbeherrschende Unternehmen. Im Mittelpunkt steht der fast allgemein, nicht zuletzt auf Grund der bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes ³⁾, für praktisch wenig bedeutsam gehaltene § 22 ⁴⁾. Er richtet sich in seinem Absatz 3 gegen verschiedene Arten mißbrauchlicher Ausnutzung der Marktstellung durch Unternehmen, die in den Absätzen 1 und 2 als marktbeherrschend umschrieben sind. Der aus der Marktformenlehre geläufigen Bezeichnung des Monopol- oder Oligopolunternehmens bedient sich das Gesetz weder hier noch an anderer Stelle. Es hält sich damit bewußt aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Theorienstreit heraus. Dennoch steht fest, daß es mit seiner Umschreibung als marktbeherrschend gerade diese Unternehmen in den Griff bekommen wollte. Das ist beim Monopolunternehmen, dem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des Absatzes 1, offensichtlich. Das Oligopolunternehmen dagegen wurde vom Gesetz in Absatz 2 gleichsam in Momentaufnahme festgehalten in einer Phase des Marktgeschehens, in der es sich nicht in Wettbewerb befindet. Denn nur in diesem Augenblick ist es für ein gegen (private) Wettbewerbsbeschränkungen gerichtetes Gesetz von Interesse. Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 sind deshalb zwar die Unternehmen eines Oligopols ⁵⁾, jedoch nur, soweit sie sich im Stadium der Marktbeherrschung befinden. Das Verhalten dieser Unternehmen bei Abschluß von Verträgen auf

-
- 1) Die Arbeit wurde vor der Novellierung des GWB durch das Änderungsgesetz vom 15.9.1965 - BGBl. I, S. 1363 - abgeschlossen. Durch die Änderung des § 22 III GWB hat sie nichts von ihrer Aktualität verloren, da ihr Gegenstand - der Oligopolmißbrauch auf dem beherrschten Markt - eine der wesentlichsten Fallgruppen, wenn nicht überhaupt die wichtigste, des Oligopolmißbrauchs bleibt. Die Änderung wurde berücksichtigt und die neuere Literatur so weit ausgewertet, als sie wesentliche neue Diskussionsbeiträge gebracht hat.
 - 2) GWB, vom 27. Juli 1957, BGBl. I, 1081, i. d. F. des Gesetzes vom 15.9.1965 - BGBl. I, S. 1363.
 - 3) Noch in ihrem BERICHT vom 22. Aug. 1962 über Änderungen des GWB macht die BuReg in Übereinstimmung mit dem BKartA die enge Fassung des § 22 III a. F. hierfür z. T. verantwortlich; Bericht, 5. Kap., 2.2.
 - 4) Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind solche des GWB.
 - 5) Unter einem Oligopol sollen im Anschluß an KRELLE, Preistheorie, S. 8 u. 12, zwei oder mehr Unternehmen verstanden werden, bei denen die Nachfrage zwischen einem Unternehmen und den anderen für beide Seiten fühlbar beweglich ist.

dem Markt gilt es an dem Mißbrauchsbegriff des Absatzes 3 zu messen. Verhaltensweisen, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß von Verträgen auf dem beherrschten oder einem anderen Markt stehen, werden vom Gesetz neuerdings zwar auch einbezogen, sollen hier jedoch außerhalb der Betrachtung bleiben. Der ökonomische Sachverhalt, um den es hier geht, soll an einem bei KNÖPFLE entlehnten Modellfall kurz skizziert werden⁶⁾. Angenommen, im selben Ort eröffnen zwei Metzgereien A und B Tür an Tür ihren Geschäftsbetrieb. Weitere gleichartige Geschäfte gibt es in diesem Ort nicht. Der Versandhandel in Fleisch- und Wurstwaren spielt keine Rolle. Es entfalle auch jede Präferenz, im besonderen habe jeder der beiden Metzger erkennbar dieselbe fachliche Qualifikation, keines der beiden Geschäftslokale sei sauberer und schöner als das andere und es gebe auch sonst keine für den Kaufentschluß der Kunden bedeutsamen Unterschiede. Dann kann es sich keiner der beiden leisten, höhere Preise zu verlangen als der andere Anbieter oder in der Qualität der Waren, soweit sie den Käufern erkennbar ist, hinter diesem zurückzubleiben. Denn die gemeinsamen Abnehmer beider Unternehmen haben die Wahl, einem der beiden Angebote den Vorzug zu geben. Bei einheitlichem Angebot wird sich ihre Zahl nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf beide Unternehmen gleichmäßig verteilen. Bei unterschiedlichem Angebot werden sie das aus ihrer Sicht überwiegend für günstiger erachtete bevorzugen. Derjenige Anbieter, der sein Angebot verbessert, sei es durch Senken des Preises oder durch Steigerung der Qualität, wird daher - theoretisch - alle Kunden des anderen Anbieters zu sich herüberziehen. Die Gefahr, daß einer der beiden Anbieter diese Chance, den eigenen Absatz zu steigern, nutzt, zwingt den jeweils anderen dazu, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, in einem solchen Falle mitziehen, das heißt, sein Angebot dem verbesserten anderen sofort wieder angleichen zu können. Die Wahlmöglichkeit der Abnehmer verbietet dem einzelnen Unternehmen umgekehrt, sein Angebot zu verschlechtern, sei es durch Erhöhung des Preises oder durch Minderung der Qualität.

Die Erfordernisse, denen sich jeder der beiden Anbieter gegenübergestellt sieht, um einer Aktion des anderen Anbieters zur Gewinnung zusätzlicher, ihm also verlorengehender Abnehmer begegnen zu können sowie die Beschränkungen, die er seinem eigenen Streben nach größerem Gewinn auferlegen muß, verringern sich in dem Maße, in dem die beiden Unternehmen darauf verzichten, unabhängig voneinander ihren eigenen wirtschaftlichen Vorteil zu verfolgen und sich darüber verständigen, ihr Angebot in Preis und Qualität stets aufeinander abzustimmen⁷⁾. Dies kann durch eine förmliche Vereinbarung gesche-

6) Der Rechtsbegriff, S. 203 ff.

7) Diese Begriffe der "Erfordernisse", "Beschränkungen", "Chancen" (mit ihrer Kehrseite, den "Risiken"), sind grundlegend für KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff, aaO, S. 212.

hen, braucht es aber nicht. Auf Grund der engen Beziehungen, die sich vor allem aus der Einsicht ergeben, "am gleichen Strang" zu ziehen und daher zur Erreichung der eigenen Ziele auf das Wohlverhalten des anderen angewiesen zu sein, wird sich von selbst der nötige Kontakt herstellen, als dessen Ergebnis nach außen ein abgestimmtes Angebot in Erscheinung tritt.

Von diesem Erscheinungsbild ist der Gesetzgeber in § 22 Absatz 2 mit Absatz 1 GWB ausgegangen. Und hieran wiederum knüpft der Mißbrauchsbegriff des § 22 Absatz 3 GWB an.

Zum Inhalt des Mißbrauchsbegriffs für marktbeherrschende Unternehmen hat sich bereits eine Vielzahl von Autoren zum Teil ausführlich, meist jedoch nur in kurzen Bemerkungen geäußert. Dabei werden alle erdenklichen Auffassungen vertreten, beginnend bei der mit großem Nachdruck von BENISCH vorgetragenen Ansicht, daß im Wege der Mißbrauchsaufsicht niemals schon gegen die Vermeidung des Wettbewerbs eingeschritten werden könne⁸⁾, über den besonders von BARTHOLOMEYCZIK vertretenen, bewußt undoktrinären Standpunkt, es hänge vom Vorhandensein eines geweckten sozialen Gewissens der Unternehmer ab, ob man ihnen im Einzelfall die Sozialgestaltung durch das Mittel der Beschränkung von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit in eigener Verantwortung belassen könne⁹⁾, bis hin zu der etwa von CHRISTL in seinem allgemeinen Mißbrauchsbegriff niedergelegten Meinung, daß mißbrauchlich immer auch schon die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markte sei¹⁰⁾. Der jeweils vertretene Standpunkt hängt ab von der unterschiedlichen Auffassung über die Zielsetzung des Gesetzes gegenüber Oligopolunternehmen.

Bei anderen Autoren besteht eine Divergenz zwischen Zielsetzung für Oligopolunternehmen und Auslegungsergebnis für § 22 II mit III. FIKENTSCHER betrachtet es als grundgesetzwidrig und also auch nicht im Sinne des GWB, wenn ein oder mehrere Mitbewerber ihren Markteinfluß so weit ausdehnen, daß eine nach den objektiven Verhältnissen mögliche Kundenwahl¹¹⁾ darüber so stark beeinträchtigt wird, daß der Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit der Kunden betroffen wird¹²⁾. Dennoch ist Mißbrauch im Sinne des § 22 III für ihn nicht schon

8) WuW 59, 769/70.

9) so sinngemäß im GEM.KOMM., 2. Aufl., Vorb. 14 zu §§ 22-24.

10) BB 60, 299 I. Sp., Definition a) mit aa).

11) Unter Kundenwahl ist die "richtende" Funktion der Kunden im Wettbewerbsprozeß zu verstehen; das wird später noch eingehend begründet werden.

12) Wettbewerb, S. 85; dabei ist zu beachten, daß der Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit der Kunden nicht allgemein, für die Bedürfnisbefriedigung insgesamt, sondern auf jedem einzelnen Markt als garantiert angesehen wird.

die Vermeidung des Wettbewerbs, sondern die weitere Ausnutzung des wettbewerbsbeschränkten "Zustandes", der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens¹³⁾. Auch LUKES sieht den Zweck des Gesetzes darin, den Kunden in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, der "relativen Ausgestaltungsfreiheit bei Rechtsgeschäften", zu schützen¹⁴⁾. Gleichwohl beschränkt er die Bedeutung des § 22 II auf Fälle rein "tatsächlichen Übereinstimmens der Inhalte von Einzelrechtsgeschäften", das nicht auf einer Willenseinigung beruhe¹⁵⁾, wie sie etwa auch bei einer längere Zeit hindurch bestehenden "einseitigen Preisführerschaft", deren Vorhandensein allen Beteiligten bewußt ist, gegeben sei¹⁶⁾. Mißbräuchlich ist daher nicht schon die gegenseitige Abstimmung des Verhaltens, sondern erst ein bestimmter Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte. Vom gleichen Ausgangspunkt geht schließlich auch P. ULMER aus¹⁷⁾.

Die drei zuletzt genannten Autoren begnügen sich nicht mit dem zu § 22 II mit III gefundenen enttäuschenden Auslegungsergebnis, sondern versuchen, der als weitergehend erkannten Zielsetzung des Gesetzes anderweitig zum Durchbruch zu verhelfen. FIKENTSCHER deutet eine Lösung nur an. Er sieht die von ihm so genannten nichtformalen Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahmen, die zu einer "Zusammenfassung der unternehmerischen geschäftlichen Willensbildung" auf Grund "stillschweigender, unverbindlicher Absprache" führen¹⁸⁾, möglicherweise in § 38 II berücksichtigt oder gemäß § 25 einer Kontrolle unterworfen¹⁹⁾. LUKES kommt nach kritischer Überprüfung des § 1 zu dem Schluß, daß der Kartellvertrag oder -beschluß keine rechtliche Verpflichtung unter den Beteiligten voraussetze²⁰⁾. Das eröffnet ihm den Weg, mit § 1 auch solche "Wettbewerbsbeschränkungen und daraus folgende Marktbeeinflussungen" zu erfassen, die im Gegensatz zur Kartellabrede "durch einzelne - eben durch die jetzt als marktbeherrschende Unternehmen bezeichneten Erscheinungen - erfolgen"²¹⁾, also "gentlemen's agreements"²²⁾, "abgesprochene Preisführerschaft"²³⁾ und sogar eine längere Zeit hindurch bestehende "einseitige Preis-

13) zuletzt in: Preisunterbietung, S. 75 u. 83.

14) Kartellvertrag, S. 128 f., 185 f., 302.

15) Kartellvertrag, S. 306.

16) Kartellvertrag, S. 305.

17) WuW 62, 3 ff.

18) Wettbewerb, S. 64.

19) Wettbewerb, S. 63 unten.

20) Kartellvertrag, S. 134.

21) Kartellvertrag, S. 134.

22) Kartellvertrag, S. 303.

23) Kartellvertrag, S. 305.

führerschaft", deren Vorhandensein allen Beteiligten bewußt ist ²⁴⁾. P. ULMER greift die von FIKENTSCHER angedeutete, übrigens auch vom FRANKFURTER KOMMENTAR erwogene ²⁵⁾ Lösung der Fälle unverbindlicher Absprache über § 38 II wieder auf. Er schlägt vor, solche unverbindlichen Absprachen als "wechselseitige Empfehlungen" zu behandeln und gegen die an der Absprache Beteiligten im Rahmen des § 38 II 2 "strafrechtlich" vorzugehen ²⁶⁾.

Die stillschweigende und unverbindliche gegenseitige Abstimmung des Marktverhaltens ist eine typisch oligopolistische Erscheinung ²⁷⁾. Es ist deshalb schon bei oberflächlicher Betrachtung unbefriedigend, daß der Gesetzgeber solche Verhaltensweisen am eigentlichen Ort der Regelung für Oligopole in § 22 II u. III nicht bedacht und dafür sogleich mit § 38 I und II gegen sie vorzugehen beabsichtigt haben sollte.

Hinzu kommt, daß der Begriff des Kartellvertrages in § 1 und der Begriff des Aussprechens von Empfehlungen in § 38 II 2 sehr großzügig gehandhabt werden müßte, um noch das "Augenzwinkern" (Geiger) zu erfassen, das in manchen Situationen genügt, um das gemeinsame Verhalten herzustellen. Es erhebt sich die Frage, wie eine solche Überdehnung der Begriffe mit dem Grundsatz "nulla poene sine lege" des Artikels 103 II GG zu vereinbaren ist, der ja nicht nur für das kriminelle Strafrecht gilt.

Andererseits kann das Bestreben, diesem Grundsatz zu entsprechen, dazu (ver-)führen, das Problem ins Beweisverfahren zu verlagern. Da Vereinbarungen und Empfehlungen eines gleichförmigen Verhaltens ohnehin meist mit Erfolg geheimgehalten werden und daher kaum anders als durch Indizschluß festgestellt werden können, wird man hinter "typischen" Verhaltensweisen immer nach der zugrundeliegenden Absprache oder Empfehlung suchen und - sie "finden", auch dort, wo es sie gar nicht gab, weil das bewußte "Augenzwinkern" genügte. Auf diese Weise gerät man unversehens in das Fahrwasser der amerikanischen Antitrustrechtsprechung, in das sie durch den "Nachweis" einer "conspiracy" im Sinne der Sections 1 und 2 des Sherman Act in dem berühmten und umstrittenen

24) Kartellvertrag, S. 305.

25) Einl. C, Tz. 124.

26) WuW 62, 16.

27) Vgl. zum oligopolistischen Gleichgewicht FELLNER, Competition, S. 14. SHUBIK, Strategy, S. 252; KRELLE, Preistheorie, S. 365; zu dem das Gleichgewicht tragenden oder verlagernden Abstimmungsprozeß vgl. vor allem FELLNER, Competition, S. 15/16 u. 23; zur Preisführersch. HEUSS, WwA Bd. 84, S. 165 ff.; LAMPERT, Jb. f. Nat. ök. u. St. 1960, S. 204 ff.; LANZILOTTI, The Review, Vol. 39 (1957), S. 55 ff.

Tobacco-Fall ²⁸⁾ geraten war, NICHOLLS hat in einer Analyse des Falles festgestellt, daß "there was not a whit of evidence that a common plan had even been contemplated or proposed". Der gemeinsame Plan und die Kenntnis der Beteiligten davon wurde ausschließlich aus der Tatsache der "identity of behavior" geschlossen ²⁹⁾. SHUBIK spricht in diesem Zusammenhang von einer "fiction of conscious parallelism" ³⁰⁾. An anderer Stelle urteilt er noch härter: "A complete generation of economists has pointed out the idiocy of the charge of conscious parallelism (i.e. implicit collusion)" ³¹⁾. Sollte man diese Erkenntnis außer acht lassen? Hier rechtfertigt sich das Wort von BARTHOLOMEYCZIK, daß man aus der Kritik am amerikanischen Antitrustrecht oft mehr lernen kann als aus diesem selbst ³²⁾.

Schließlich ist auch nicht viel gewonnen, wenn man einen Teil der Abstimmungsvorgänge, der sich noch unter den Vertrags- oder Empfehlungsbegriff bringen läßt, unter § 1 oder § 38 II 2 subsumiert und den Rest - das bewußte "Augenzwinkern" etwa - als erlaubte Wettbewerbsbeschränkung in die Regelung des § 22 II mit III verweist. Es wird damit nur Zusammengehöriges auseinandergerissen und in fließende Übergänge eine Grenze gelegt, die etwas Willkürliches an sich haben muß.

Die Aufgabe bleibt also gestellt, dem Wettbewerbsgedanken auch auf oligopolistischen Märkten Geltung zu verschaffen ³³⁾. Diesem Ziel dient auch die kürzliche Änderung des § 22 III auf Vorschlag der Bundesregierung ³⁴⁾ nur unvollkommen, da sie sich im wesentlichen auf Erfassung erst der Folgen einer anderweit bestehenden marktbeherrschenden Stellung beschränken soll ³⁵⁾. Der Gesetzgeber hat also an die hier zu behandelnde Problematik gar nicht gerührt, sondern nur außerhalb ihrer liegende Fallgruppen in die bestehende Regelung einbezogen.

28) American Tobacco Co. et al. v. U.S. 148 F. 2d 416 (1944); 328 U.S. 781 (1946).

29) bei BACKMAN, Price Practices, S. 263.

30) Strategy, S. 328; ebenso RAHL, New Directions, S. 28 Mitte; und CLARK, AER 1950, Pap. and Proc., S. 103.

31) Strategy, S. 284.

32) GEM.KOMM., 2. Aufl., Vorb. 13 a.E. zu §§ 22-24.

33) so neuerdings ausdrücklich auch der BERICHT der Bundesregierung über Änderungen, S. 59 I. Sp. oben.

34) BERICHT über Änderungen, S. 70 I. Sp. oben.

35) BERICHT über Änderungen, S. 60 I. Sp. Mitte, der vom Mißbrauch nicht der Marktstellung, sondern einer marktbeherrschenden Stellung spricht; diese Formulierung ist dann durch die Novelle in das Gesetz hineingeraten.

Es fragt sich, ob das oben umschriebene Ziel nicht schon mit der bestehenden Regelung des § 22 II mit III weitgehend zu erreichen ist. Bei der Beantwortung der Frage ist nach dem zuletzt Gesagten der schon bisher geltende Inhalt des Mißbrauchsbegriffs zugrunde zu legen. Voraussetzung für ihre Bejahung ist, daß

1. die etwa von CHRISTL sowie FIKENTSCHER, LUKES und P. ULMER zugrunde gelegte freiheitliche Zielsetzung des Gesetzes zutrifft und
2. die Formulierung des § 22 schon bisher nicht so eng war, wie sie im allgemeinen verstanden wird.

A. DIE ALLGEMEINE ZIELSETZUNG DES GWB

Vorbemerkung

Eine Untersuchung der allgemeinen Zielsetzung des GWB könnte sich dem Vorwurf aussetzen, daß der Gesetzgeber, ungeachtet seiner Wertung im übrigen, gerade wegen der Besonderheiten von Monopol- und Oligopolmärkten dort eine besondere Entscheidung für richtig erkannt habe, was schon in der Regelung in einem besonderen Abschnitt des Gesetzes zum Ausdruck komme. Dem ließe sich entgegenhalten, daß sich diese Regelung immerhin in einem gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Gesetz befindet. Das begründet einseitigen die Vermutung, daß auch auf solchen Märkten Beschränkungen des Wettbewerbs - soweit sie begrifflich möglich und nicht schon durch § 1 erfaßt sind - entgegenwirken soll. Insoweit handelt es sich dann um die Durchführung der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes unter Berücksichtigung einiger Besonderheiten auf den genannten Märkten. Aber auch dann, wenn das Gesetz in diesem Bereich nicht seine allgemeine Zielsetzung verwirklichen will, sondern sich ausnahmsweise anders entschieden haben sollte ¹⁾, läßt sich ein solcher abweichender Entschluß nicht ohne volle Kenntnis der grundsätzlichen Zielrichtung des Gesetzes richtig erfassen. In jedem Falle muß deshalb die allgemeine Zielsetzung des Gesetzes vorab geklärt werden.

I. DER STAND DER MEINUNGEN

1. Drei Gruppen von Meinungen

Über Aufgaben und Ziele des GWB als ganzes haben sich inzwischen zahlreiche Autoren geäußert. Die vertretenen Auffassungen lassen sich mit KOENIGS ²⁾ und BENISCH ³⁾ in drei Gruppen zusammenfassen:

-
- 1) vgl. etwa MÜLLER-HENNEBERG, WuW 61, 313: "Es ist also nicht der generelle Schutzzweck des GWB, sondern es sind die den §§ 22-27 zugrundeliegenden speziellen Zielsetzungen, aus denen sich hinsichtlich des Geltungsbereiches dieser Vorschriften eindeutige Folgerungen ziehen lassen."
 - 2) NJW 61, 1041.
 - 3) WuW 61, 765.

1. Schutz des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft. Nach dieser Auffassung beruht das GWB allein auf einer wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsentscheidung, nämlich auf der Überzeugung, daß der freie Wettbewerb den optimalen wirtschaftlichen Effekt erzielt. Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs bewirkt zwar auch die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen; diese Freiheit ist aber nur die Konsequenz, der Reflex des Wettbewerbs als Institution ⁴⁾. Diese Auffassung galt bei Inkrafttreten des GWB als herrschend ⁵⁾.

2. Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit aller Marktbeteiligten, d. h. vor allem auch der Kunden, denen "die grundsätzlich freie Möglichkeit, zwischen den angebotenen Alternativen zu entscheiden" ⁶⁾, die "Erwerbschancen und die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit" bei der Wahl des Geschäftspartners und der Ausgestaltung der Rechtsgeschäfte ⁷⁾ erhalten werden soll. Zu den Vertretern dieser Auffassung gehören außer FIKENTSCHER ⁸⁾ und LUKES auch BIEDENKOPF ⁹⁾, wenn er etwa sagt, die Möglichkeit, freien Wettbewerb zu treiben, sei gleichsam die Belohnung für die auf den Schutz der Freiheit gerichteten Anstrengungen ¹⁰⁾ und NIPPERDEY, der die "Erhaltung und Durchsetzung der Freiheit als Ordnungsprinzip" ¹¹⁾ gerade auch gegenüber dem "Zusammenwirken der Kartellierten" ¹²⁾ als verfassungsmäßig begründete Verpflichtung des Gesetzgebers betrachtet ¹³⁾. Auch MÜLLER-HENNEBERG, der freilich kein Hehl aus seinem persönlichen Wunschbild einer institutionellen Verfestigung der durch ihre menschliche Substanz als Elite qualifizierten Unternehmerschaft macht ¹⁴⁾, hatte zunächst für das geltende Recht als den "erkennbar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers im Sinne der ihn motivierenden Wert-

-
- 4) vgl. vor allem WÜRDINGER, WuW 53, 726; Vorwort, S. X, XI; WuW 60, 313; femer: BALLERSTEDT, JZ 56, 271; BENISCH, im GEM.KOMM., § 35 Anm. 3; WuW 61, 777; EWALD, WuW 56, 257; FRANKFURTER KOMMENTAR, § 35 Anm. 19 ff.; MÜLLER-HENNEBERG, WuW 61, 313 letzter Absatz, 314 oben; STRICKRODT, WuW 57, 81, 82 oben, 89 Mitte.
- 5) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 196 oben u. unten.
- 6) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 227.
- 7) LUKES, Kartellvertrag, S. 187, 188.
- 8) vgl. auch schon BB 56, 793 r.Sp., 796 l.Sp.
- 9) Grundsatzfragen, S. 14 oben, 15 unten, 26 1. Satz, 32 Mitte 1. Satz, 33 1. Satz, 34 unter V.
- 10) Grundsatzfragen, S. 32 Mitte
- 11) Soziale Marktwirtschaft, S. 42.
- 12) Soziale Marktwirtschaft, S. 43.
- 13) Soziale Marktwirtschaft, S. 44.
- 14) GEM.KOMM., Einf., 1. Aufl. S. 64, 2. Aufl. S. 69.

entscheidungen" "ein eindeutiges Bekenntnis zu der der Bindung durch Gleichheit unterworfenen Freiheit als ranghöchstem Wert" ¹⁵⁾ anerkannt. In der Neuauflage ist er jetzt ausdrücklich von dieser Auffassung abgerückt ¹⁶⁾, und zwar mit dem Hinweis auf die "große Zahl erlaubter Wettbewerbsbeschränkungen und die grundsätzliche Zulassung marktbeherrschender Unternehmen", der sich im Verlauf dieser Arbeit als nicht stichhaltig erweisen wird.

3. Schutz des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft und daneben Schutz der Handlungsfreiheit der Marktbeteiligten. "Das GWB soll den Wettbewerb als notwendiges Element einer durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerten Marktwirtschaft schützen; zugleich dient es aber dem Schutze der Handlungsfreiheit des einzelnen" ¹⁷⁾.

2. Kritische Betrachtung der dritten Gruppe

Man könnte zweifeln, ob die Bildung einer dritten Gruppe von Stimmen überhaupt gerechtfertigt ist oder ob diese nicht vielmehr denjenigen zuzurechnen sind, die als eigentlichen Schutzgegenstand des GWB die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktbeteiligten betrachten.

Auffallend ist schon, daß z.B. BIEDENKOPF von BENISCH, wie das auch hier geschieht, der zweiten Gruppe zugerechnet wird ¹⁸⁾, während KOENIGS ihn für die von ihm vertretene dritte Meinung zitiert ¹⁹⁾.

FIKENTSCHER wird von BENISCH zur dritten Gruppe gezählt ²⁰⁾, obwohl das Zitat ausschließlich den Persönlichkeitsschutz betrifft; Schutz der Einzelrechte (Herrschaftssicherung) und Schutz der Persönlichkeit in ihrer Beweglichkeit und Entfaltung, der Gegenstand des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen sei ²¹⁾. Wo FIKENTSCHER vom Wettbewerb als Institution spricht, tut er es in Anführungszeichen und in einem sehr eingeschränkten Sinne. Nur in ungefährdeten Fällen, wenn die freie Entfaltung schon dann gesichert sei, wenn eine

15) GEM.KOMM., 1. Aufl., Einf. S. 67 Mitte.

16) GEM.KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 66 Mitte.

17) so KOENIGS, NJW 61, 1041; vgl. ferner: BRUGGER, WuW 59, 469 unten; FLUME, WuW 56, 467 unten; GÜNTHER, Kartelle u. Monopole, S. 79; BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 56 (S. 34) u. VI GWB, Anm. 1-6.

18) WuW 61, 765 zu F. 6 dortselbst.

19) NJW 61, 1041 zu F. 8 dortselbst.

20) WuW 61, 765 zu F. 7 dortselbst.

21) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 207 ff., besonders Überschrift u. S. 210/11.

allgemeine Freiheitsordnung vom Staat garantiert werde, sei es "auch nicht unrichtig . . . , von einem Schutz der Entfaltung 'als allgemeine Freiheit' oder vom Schutz des Wettbewerbs 'als Institution' zu sprechen" ²²⁾. Nicht anders ist die zweite von BENISCH zitierte Stelle zu verstehen ²³⁾. Dort sagt FIKENTSCHER, daß die Institution des Wettbewerbs um des einzelnen willen geschützt sei. Es gehe "um die Wettbewerbsfreiheit des einzelnen innerhalb des 'Wettbewerbs als Institution' ". Nirgends also ist vom Wettbewerb als einer Institution im Sinne einer auf wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeitsentscheidung beruhenden Einrichtung die Rede.

BRUGGER, hier und von BENISCH für die dritte Gruppe zitiert, da er "die allgemeine Institution des Wettbewerbs zugleich um der einzelnen willen unter den Schutz des Verbotsgesetzes gestellt" sieht ²⁴⁾, könnte genau so gut zur ersten Gruppe gerechnet werden, insoweit er meint, daß der "Wettbewerb als Institution im öffentlichen Interesse" gewährleistet werde ²⁴⁾ oder auch zur zweiten, wenn er sagt, daß kein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Dekartellierungsrecht, das auf dem amerikanischen Antitrustrecht beruhe und dem GWB bestehe ²⁵⁾.

Auch FLUME bejaht zwar den gleichzeitigen Schutz des Wettbewerbs als Institution, ohne den eine soziale Marktwirtschaft nicht möglich sei ²⁶⁾, er schließt sich aber zugleich auch den Stimmen an, welche von dem Gesetz sprechen als dem "Korrelat zur politischen Demokratie, weil es Freiheit der Verbraucher und darüber hinaus den Fortschritt in der Wirtschaft zum allgemeinen Nutzen sichere; die Freiheit zur Unterbindung der Freiheit sei mit einem freiheitlichen, marktwirtschaftlichen System unvereinbar" ²⁷⁾. Hier steht der Freiheitsgedanke klar im Vordergrund, so daß die Verwirklichung des marktwirtschaftlichen Systems als die Frucht der Durchführung des Freiheitsgedankens erscheint. Umgekehrt ist nach FLUME "mit der (von ihm für möglich gehaltenen) Entscheidung für ein anderes Wirtschaftssystem, bei dem der wirtschaftliche Koordinierungsprozeß durch zentral geleitete Stellen gesteuert werden soll, . . . gleichzeitig die politische Entscheidung verbunden, daß die individuellen Freiheitsrechte zugunsten eines kollektivistischen Wertsystems über den durch die Verfassung garantierten Rahmen hinaus eingeschränkt oder aufgehoben werden müssen" ²⁸⁾.

22) Wettbewerb, S. 210 Mitte.

23) BB 56, 796.

24) BRUGGER, WuW 59, 467 unten.

25) WuW 59, 467 Mitte.

26) WuW 56, 469 unten.

27) WuW 56, 469 Mitte.

28) WuW 56, 470.

GÜNTHER, der auf Grund vieler Äußerungen gleichfalls zur dritten Gruppe gerechnet werden kann ²⁹⁾, stellt an anderer Stelle ganz eindeutig den Freiheitsschutz in den Vordergrund, hinter den Gesichtspunkte ökonomischer Natur zurücktreten müssen: "In einer freiheitlichen Ordnung bestimmt sich das Optimum an technischem Fortschritt vom Wettbewerb her; der technische Fortschritt ist nur so weit zu vollziehen, wie die Gesellschaftsmitglieder unter Aufrechterhaltung aller ihrer Freiheiten bereit sind, ihn im Rahmen ihrer Bedarfsdeckung zu realisieren" ³⁰⁾.

Für HEFERMEHL schließlich ist der Wettbewerb das Mittel zur Verwirklichung einer wirtschaftspolitischen und - "als zumindest gleichwertigem Ziel" ³¹⁾ - gesellschaftspolitischen, freiheitlichen Zielsetzung ³²⁾. Das Ziel der Herstellung einer freiheitlichen Ordnung auf wirtschaftlichem Gebiet steht zu dem Wettbewerb als Mittel seiner Verwirklichung in einem besonderen Verhältnis: "Ohne Wettbewerb gibt es keine Freiheit des Einzelnen sich zu betätigen, ohne diese Freiheit aber wiederum keinen Wettbewerb. Beide bedingen sich gegenseitig" ³³⁾.

Diese Beispiele zeigen, daß zwischen den möglichen Zielen des Institutionsschutzes und des Freiheitsschutzes ein Zusammenhang bestehen muß, der es vielen Autoren erlaubt, beide nebeneinanderzustellen, obwohl sie überwiegend dem Freiheitsschutz den Vorrang einräumen. Nach ihren Ausführungen zum Freiheitsschutz gehören sie an sich ganz zur zweiten Gruppe, mit ihrer Berücksichtigung des Institutionsschutzes dagegen bilden sie scheinbar eine eigene dritte Gruppe.

3. Auflösung dieser Gruppe

Das GWB wird, wie jedes Gesetz, durch ein dahinterstehendes Ziel der Gesellschaft bestimmt, welches zwar auch in dem Gesetz selbst Ausdruck gefunden haben kann aber nicht gefunden zu haben braucht. Zur Verwirklichung der erstrebten Gesellschaftsordnung schafft das Gesetz ein Instrumentarium praktischer Regeln und Institutionen. Wichtig ist deshalb auch im Falle des GWB, zwischen dem unmittelbaren Zweck des Gesetzes - der Durchführung seiner praktischen Institutionen - und den dahinterliegenden Zielen des Gesetzgebers zu unterscheiden.

29) vgl. oben F. 17; ferner BENISCH, WuW 61, 765 zu F. 7 dortselbst.

30) ZHWR Bd. 125 (1962), S. 50.

31) BAUMBACH-HEFERMEHL, VI GWB, Anm. 5.

32) BAUMBACH-HEFERMEHL, VI GWB, Anm. 3.

33) BAUMBACH-HEFERMEHL, VI GWB, Anm. 2.

Der unmittelbare Zweck des Gesetzes geht schon aus seiner Überschrift hervor. Das Gesetz richtet sich gegen Beschränkungen des Wettbewerbs. Zu ergänzen wäre; durch autonome private Macht. Denn die große Zahl erlaubter Wettbewerbsbeschränkungen macht klar, daß die Beschränkung des Wettbewerbs als solche nicht bekämpft werden soll ³⁴⁾. Das Gesetz geht davon aus, daß der Leistungswettbewerb grundsätzlich die "bestmögliche Ordnung" in die Vielfalt des Nebeneinander und Gegeneinander von Rechten und Chancen der einzelnen Teilnehmer am Wirtschaftsleben bringt ³⁵⁾. Der Leistungswettbewerb - wie immer man ihn definieren mag - ist also "nicht Selbstzweck, sondern Mittel" zur Verwirklichung weiterer Ziele ³⁶⁾.

Von den im Hintergrund stehenden mittelbaren Zwecken des Gesetzes fallen die wirtschaftspolitischen besonders ins Auge. So erstrebt das Gesetz mit Hilfe des Leistungswettbewerbs "Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung" ³⁷⁾, "bestmögliche Versorgung der Verbraucher" ³⁸⁾ und "Förderung des allgemeinen Wohlstandes" ³⁹⁾. In der BEGRÜNDUNG zum Regierungsentwurf heißt es, dieser beruhe auf der Erkenntnis, daß die freie Unternehmerwirtschaft, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung das leistungsfähigste und der allgemeinen Wohlfahrtsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem sei ⁴⁰⁾. Mit Recht stellt BENISCH fest, der wirtschaftspolitische Gesichtspunkt komme auch in den Gesetzesmaterialien insgesamt "nahezu allein" zum Ausdruck ⁴¹⁾.

Daraus darf aber nicht kurzerhand geschlossen werden, daß das Gesetz nicht neben oder sogar vor den mit dem Schutz des Wettbewerbs als gesetzlicher Institution erstrebten ökonomischen oder sozialen Zielen andere, womöglich höher bewertete Ziele verfolgt, daß es den freien Wettbewerb also nicht auch um dieser weiteren Ziele willen schützt.

Dieses Ziel sieht die Mehrzahl der Autoren im Schutz der wirtschaftlichen Freiheiten. Ob sie sich dabei einer teleologischen Auslegung, "losgelöst von Wort-

34) vgl. auch MÜLLER-HENNEBERG im GEM.KOMM., 2. Aufl., Einf. IV a.E., der im GWB eine "Zuständigkeitsordnung" sieht, wenn er daraus auch andere Folgerungen zieht als dies in dieser Arbeit geschieht.

35) vgl. etwa BEGRÜNDUNG, Abschn. A III.

36) BEGRÜNDUNG, Abschn. A V; BAUMB.-HEFERM., VI GWB, Anm. 3.

37) BEGRÜNDUNG, Abschn. A V.

38) BEGRÜNDUNG, Abschn. A I.

39) BEGRÜNDUNG, Abschn. A III a.E.

40) BEGRÜNDUNG, Abschn. A III a.E.

41) WuW 61, 767 unten.

laut, Materialien und logisch-systematischem Zusammenhang des Gesetzes" bedient, wie BENISCH meint ⁴²⁾, wird sich im Verlaufe der Arbeit herausstellen. Jedenfalls gelangen sie zu dem Ergebnis, daß mit dem Schutz des Wettbewerbs als Institution zumindest auch ein Freiheitsschutz bezweckt ist und erreicht wird. Die oben aufgeworfene Frage nach dem Zusammenhang zwischen Institutions- und Freiheitsschutz haben demnach die Autoren der dritten Gruppe für sich dahin beantwortet, daß die Institution des Wettbewerbs nicht als eine wirtschaftspolitische, sondern rechtliche Institution, ein praktisches gesetzliches Instrument zur Verwirklichung der gesetzlichen Zielsetzung des Freiheitsschutzes anzusehen sei.

Soweit diese Autoren etwa von dem geschützten Wettbewerb als "notwendigem Element einer durch Angebot und Nachfrage gesteuerten Marktwirtschaft" sprechen ⁴³⁾, berücksichtigen sie die nach der dem Gesetz zugrundegelegten Wirtschaftstheorie mit dem Schutz des Wettbewerbs als Institution verbundenen vorteilhaften wirtschaftlichen Auswirkungen, auf die es dem Gesetzgeber auch ankam. Dabei bleibt aber der Charakter des Wettbewerbs als eines justitiablen gesetzlichen Instrumentes erhalten. BIEDENKOPF hat überzeugend nachgewiesen, daß dies so sein muß und nicht die wirtschaftspolitischen Ziele selbst zum Schutzgut des Gesetzes gemacht werden können ⁴⁴⁾.

Damit erweist sich, daß eine dritte Auffassung über die Zielsetzung des GWB in Wahrheit gar nicht besteht, daß vielmehr alle diejenigen, welche die wirtschaftspolitischen Ziele neben dem Ziel des Freiheitsschutzes betonen, uneingeschränkt zur zweiten Gruppe gerechnet werden müssen. Auch den Autoren dieser Gruppe liegt es fern, die nützlichen wirtschaftlichen Auswirkungen des freien Wettbewerbs zu leugnen ⁴⁵⁾. Wenn sie sich hierüber nicht näher auslassen, so nur deshalb, weil sie sich nicht mit ihnen, sondern mit der unmittelbar geschützten Institution und ihrer Verletzung durch Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheiten befassen.

42) WuW 61, 769 oben.

43) vgl. etwa KOENIGS, NJW 61, 1041 r. Sp.

44) Grundsatzfragen, S. 23-25.

45) vgl. z.B. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 95 f.

II. DER WETTBEWERBSBEGRIFF DES GESETZGEBERS

1. Institution und Zielsetzung

Wie gezeigt, betrachten sowohl der Gesetzgeber als auch die genannten Autoren den Wettbewerb als die rechtliche Institution, mittels derer weitere Ziele verwirklicht werden sollen. Ein Unterschied in den Auffassungen besteht nur insoweit, als es darum geht, ob diese Ziele rein wirtschaftspolitischer oder auch gesellschaftspolitischer Natur sind. Von da her wird der vermittelnden Institution etwa das Attribut "wirtschaftspolitisch" beigelegt und somit ihr neutraler Charakter verdeckt.

Aufschluß über die Zielsetzung des Gesetzgebers kann die gewählte Institution geben, sofern ihr Wesen objektiv bestimmbar ist. Das ist nicht unbedingt der Fall, soweit es sich um die genannten wirtschaftspolitischen Ziele handelt, da die Eignung der Institution Wettbewerb für diese Ziele eine Frage wirtschaftspolitischer Überzeugung ist. Je nach der für richtig erkannten Wirtschaftstheorie muß das Urteil hierüber schwanken.

Anders ist es offenbar, soweit eine gesellschaftspolitische Zielsetzung in Betracht kommt. Da "Wettbewerb" ganz offensichtlich auch außerhalb der Wirtschaftstheorie als ein allgemeines Phänomen des menschlichen Zusammenlebens vorkommt, können sich zwangsläufig mit der Verwirklichung des so verstandenen Wettbewerbs auf wirtschaftlichem Gebiet gesellschaftspolitisch erwünschte Folgen ergeben. Und da dem Gesetzgeber die Ordnung des menschlichen Zusammenlebens anvertraut ist, darf unterstellt werden, daß der Gesetzgeber solche erwünschten Folgen zugleich auch erstrebt.

Einen derartigen Zusammenhang sehen auch diejenigen Autoren, die der Auffassung sind, dem Gesetzgeber komme es "primär" auf die wirtschaftlichen Ergebnisse des Institutionsschutzes an. So sagt BENISCH, ein Hauptvertreter der rein wirtschaftspolitischen Auffassung, daß "unter Wettbewerbsbeschränkung eine Beschränkung der individuellen wettbewerblichen Entscheidungsfreiheit" zu verstehen sei ⁴⁶⁾. Er sieht ebendiese Entscheidungsfreiheit als zwangsläufig in der Institution mitgeschützt, d. h. aber als Schutzgut des Gesetzes, wenn er den Freiheitsschutz auch auf die an der Absprache Beteiligten beschränkt wissen will ⁴⁷⁾.

46) WuW 61, 766 unten.

47) WuW 61, 767 Mitte; mißverständlich Ergebnis Nr. 3 auf S. 777, wo als Schutzgegenstand des Gesetzes nur dessen weitere Ziele, die mit der Sicherung der Freiheit der Wettbewerber erreicht werden sollen, bezeichnet werden.

Um die gesellschaftspolitischen Ziele des Gesetzgebers zu erkennen, muß daher das Wesen der Institution "Wettbewerb" bestimmt werden, und zwar zunächst des Wettbewerbs, wie ihn der Gesetzgeber gesehen hat. Ergibt sich, daß der Gesetzgeber einen speziellen Wettbewerbsbegriff geformt hat, so kann BENISCH recht haben mit seiner Behauptung, die Institution "Wettbewerb" umfasse nur die Freiheit der Wettbewerber. Sollte aber der Gesetzgeber auf den allgemeinen Wettbewerbsbegriff zurückgegriffen haben, und ist diesem Wettbewerb die freie Teilnahme nicht nur der Wettbewerber auf der einen, sondern auch Dritter auf der anderen Marktseite eigentümlich, dann hätten die oben als Gruppe 2 genannten Autoren recht, die die Freiheit aller am Wettbewerbsprozeß Beteiligten, also insbesondere auch der Kunden, als geschützt ansehen.

2. Der Gesetzgeber und der Wettbewerb

Das Gesetz verwendet den Wettbewerbsbegriff allein oder in verschiedenen Abwandlungen oder Zusammensetzungen. Es definiert ihn aber nicht. Der Begriff des Wettbewerbs wird vorausgesetzt ⁴⁸⁾. Nach der BEGRÜNDUNG zum Regierungsentwurf ist

"als Wettbewerb das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen" ⁴⁸⁾.

Dabei ist die Regierung ausdrücklich von der Erkenntnis ausgegangen, daß "die Marktverfassung des freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, d. h. die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten so groß sein (muß), daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist" ⁴⁹⁾. Diese Formulierung entspricht im wesentlichen den von EUCKEN definierten Voraussetzungen vollständiger Konkurrenz ⁵⁰⁾.

Auch bei den Ausschlußberatungen wurde von der Marktform der vollständigen Konkurrenz ausgegangen ⁵¹⁾, jedoch der Tatsache Rechnung getragen, "daß in der wirtschaftlichen Wirklichkeit die Marktform der vollständigen Konkurrenz, wie sie dem wirtschaftspolitischen Leitbild von der Marktwirtschaft ent-

48) Abschn. C, zu § 1 E, Anm. 3 d.

49) BEGRÜNDUNG, Abschn. A V.

50) Grundlagen, S. 96.

51) HELLWIG, Bericht I., Abschn. C II a. A.

spricht, sehr häufig nicht gegeben oder nicht realisierbar ist" ⁵²⁾. Als Ziel für diese Märkte, soweit sie oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Charakter haben, wurde die "Erhaltung oder Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb" gefordert, "eines Wettbewerbs etwa, wie er in den USA als 'workable competition' bezeichnet worden ist" ⁵³⁾.

Damit war durch die nachträgliche Einbeziehung des Oligopolproblems in die Diskussion - in der BEGRÜNDUNG waren diese Marktformen nur am Rande unter dem Gesichtspunkt der Unvollständigkeit der Konkurrenz behandelt worden ⁵⁴⁾ - neben den bisherigen Wettbewerbsbegriff im Sinne EUCKENS ein neuer Wettbewerbsbegriff getreten. Während jener auf der Einflußlosigkeit der Konkurrenten fußte, die den zu fordernden Preis als Datum dem Markt entnehmen müssen, war nun von der Möglichkeit "echten Wettbewerbs" die Rede, "in dem der leistungsfähigere Wettbewerber durch Vorsprung (!) in Preis und Leistung einen erheblichen Marktanteil errungen hat", von der Möglichkeit, einen Preiskampf zu eröffnen oder von der Ausschaltung des Preiswettbewerbs durch gleichförmiges Verhalten ⁵⁵⁾.

Doch ebenso wie die Regierung in ihrer BEGRÜNDUNG hat auch der AUSSCHUSS bewußt auf eine Definition des Wettbewerbs verzichtet ⁵⁶⁾ und sich auf eine weit gefaßte, allgemeine Umschreibung beschränkt, wonach

"unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen. Soweit diese Vorteilsverschaffung nicht durch Gesetz als unlauter oder verboten gekennzeichnet ist, muß sie als erlaubt gelten." ⁵⁷⁾

Anders als die zuvor wiedergegebenen Bemerkungen zur oligopolistischen Konkurrenz, verzichtet diese Umschreibung darauf, den Preis als Wettbewerbsmittel "strategischer Art" in den Vordergrund zu stellen,

Dadurch umfaßt die Umschreibung auch Marktverhältnisse, in denen der einzelne wegen seiner relativen Einflußlosigkeit Marktstrategie, insbesondere mit dem Preis, nicht betreiben kann, sondern den Marktpreis als gegeben hinnehmen muß, wie das für die Marktform der vollständigen Konkurrenz kennzeichnend ist. Denn

52) HELLWIG, Bericht I., Abschn. C II.

53) wie vorstehend.

54) BEGRÜNDUNG, Abschn. A V, VI a. A.

55) wie F. 53.

56) HELLWIG, Bericht I., Abschn. E.

57) KURLBAUM, BERICHT II., zu § 1 E.

auch und gerade hier ist das Verhalten der Unternehmen darauf gerichtet, sich auf Kosten der anderen einen Vorteil zu verschaffen: Die Beweglichkeit der Nachfrage für das Marktgut spiegelt jedem Unternehmen die Vorteilhaftigkeit eines niedrigeren Preises vor, die allerdings um deswillen nicht wirklich besteht, weil alle Unternehmen ja der gleichen Illusion unterliegen⁵⁸⁾. Auch dieser sogenannte Konkurrenzmechanismus beruht somit auf Wettbewerbshandlungen im beschriebenen Sinne.

Den Worten "in Wettbewerbskampf auf Kosten eines Wettbewerbers" sollte nämlich keine zu enge Deutung beigelegt werden. Eine Preissenkung etwa ist immer "irgendwie" gegen die Wettbewerber gerichtet und nicht nur gegen den anonymen Marktpreis, zumindest gegen die Wettbewerber als Gesamtheit. Zwar verteilt sich auf sie der Nachteil der Aktion des einzelnen infolge ihrer großen Zahl, so daß jeder von ihnen nur unmerklich betroffen wird⁵⁹⁾. Jedoch ist zugleich jeder von ihnen der auf der allgemeinen, unentrinnbaren Illusion von der Vorteilhaftigkeit einer Preissenkung beruhenden Preissenkung aller übrigen ausgesetzt. Man kann also sagen, daß sich die Wettbewerbshandlung des an sich einflußlosen einzelnen, durch den Wettbewerbsmechanismus potenziert, auf "den Wettbewerber" auswirkt, auf seine Kosten geht.

Ähnlich sieht FIKENTSCHER den EUCKENSchen Konkurrenzbegriff, nach welchem die objektive Beeinflussung der Mitbewerber untereinander nicht ausgeschlossen, sondern sogar die Regel sei. Nur subjektiv stellten sich die Teilnehmer an der vollkommenen Konkurrenz im Sinne EUCKENS vor, sie müßten den Preis und die anderen Geschäftsbedingungen vom Markt nehmen⁶⁰⁾. Er meint jedoch die Formulierung KURLBAUMS in dem engen Sinne des "praktischen, von der Rivalität der Mitbewerber ausgehenden Wettbewerbsbegriffs", dem allein das (heterogene) Oligopol entspreche, auffassen zu sollen. Dadurch kommt er - ganz genau wie RÖPER als Nationalökonom⁶¹⁾ - zu dem Ergebnis, daß KURLBAUM eine Oligopolsituation schildere, obwohl er die Marktform des vollkommenen Wettbewerbs gemeint habe⁶²⁾. Während aber RÖPER als Wirtschaftswissenschaftler KURLBAUMS Formulierung, sich im Wettbewerbskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen, an den Vorstellungen der reinen Wirtschaftstheorie von der Marktform der vollkommenen Konkurrenz

58) vgl. KRELLE, Preistheorie, S. 379.

59) Das ist der entscheidende Gesichtspunkt für die wirtschaftstheoretische Abgrenzung der Marktform Konkurrenz; vgl. etwa RÖPER, Leistungswettbewerb, S. 276/77.

60) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 37.

61) Leistungswettbewerb, S. 276/77.

62) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 38 F. 26.

mißt und zu Recht als damit unvereinbar befindet, erkennt FIKENTSCHER ja im Gegensatz dazu gerade die Möglichkeit objektiver gegenseitiger Beeinflussung als Regelfall der vollständigen Konkurrenz an. Für ihn hätte es daher nähergelegen, KURLBAUMS Beschreibung als auch diese Marktform umfassend anzusehen.

Der Gesetzgeber konnte sich auch gar nicht für einen bestimmten Inhalt des Wettbewerbsbegriffs entscheiden. Der AUSSCHUSS jedenfalls glaubte unter § 1 E auch Oligopole geregelt, soweit sie zur Beschränkung des Wettbewerbs bewußt zusammenwirken⁶³⁾. Der durch sie beschränkbare Wettbewerb ist naturgemäß unvollständig. Andererseits sind aber sowohl AUSSCHUSS als auch REGIERUNG von der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs nicht nur als wirtschaftspolitischem Leitbild, sondern auch als wirtschaftlicher Gegebenheit ausgegangen⁶⁴⁾. Der beiden Marktformen gemäße Wettbewerb sollte somit durch § 1 E geschützt werden.

Man möchte danach bezweifeln, ob der Wettbewerbsbegriff des Gesetzgebers, wie FIKENTSCHER meint⁶⁵⁾, tatsächlich auf einem Irrtum beruht. Viel eher ist anzunehmen, daß nicht genügend zwischen dem wirtschaftspolitischen Leitbild des Gesetzgebers und der von ihm ausdrücklich an den zitierten Stellen für allein möglich gehaltenen, nur annäherungsweisen Verwirklichung desselben, unterschieden wird. Dem Wettbewerb als Ideal der Wirtschaftspolitik mag die vollständige Konkurrenz allein entsprechen. Soweit es sich aber um die Regelung der Wirklichkeit handelt, kann dem Gesetzgeber schwerlich unterstellt werden, er habe die Grenzen des Möglichen verkannt.

Festzuhalten bleibt daher, daß der Wettbewerbsbegriff, von dem der Gesetzgeber ausgeht, sowohl die Fälle vollständiger als auch oligopolistischer Konkurrenz umfaßt⁶⁶⁾. Im folgenden ist nun das Wesen dieses vom Gesetzgeber vorausgesetzten Wettbewerbs näher zu bestimmen.

63) ILLERHAUS, Bericht IV, zu § 17 E.

64) vgl. HELLWIG, BERICHT I. C. II; BEGRÜNDUNG, Abschn. A V a. A.

65) Wettbewerb, S. 36.

66) ebenso; FRANKFURTER KOMMENTAR, § 1 Tz. 20; MEYER-CORDING, WuW 62, 468 Mitte; MÜLLER-HENNEBERG, GEM. KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 63.

3. Das Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs

a) Wettbewerb als allgemeines soziologisches Phänomen

Jeder Versuch, das Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu erkennen, muß davon ausgehen, daß Wettbewerb ein allgemeines, natürliches Prinzip ist, eine unter vielen möglichen menschlichen Verhaltensweisen⁶⁷⁾.

Die Soziologie unterscheidet Beziehungen des Gegeneinander, des Miteinander und des Nebeneinander⁶⁸⁾. Die Konkurrenz gehört zu den Beziehungen des Gegeneinander, zu denen auch der Kampf zählt. Sie ist aber ihrem eigentlichen Wesen nach nicht Kampf, wenn sie auch die Tendenz dazu in sich trägt. Sie kann vielmehr "eine rein sachliche Beziehung des Nebeneinander sein, die nur insofern gegnerischer Natur ist, als unmittelbar ein Zuwachs an eigenem Vorteil als Nachteil des Partners aufgefaßt wird und umgekehrt". Ebenso wie die Konkurrenz in Konflikt umschlagen kann, ist es möglich, daß sie sich in eine Beziehung des Zusammenwirkens wandelt.

v. WIESE unterscheidet zwei verschiedene Arten von Konkurrenz. Im einen Fall erstrebt eine Mehrzahl von Menschen ein nur begrenzt vorhandenes Objekt. Es entsteht ein Wettlauf und das Streben, den anderen zuvorzukommen. Im anderen Fall ist für den Konkurrenten nur das Verlangen bestimmend, "in der Reihenfolge mit anderen Gleichstrebenden einen günstigen Platz zu erlangen. Hier ist mehr der bloße Rivalitäts- und Anerkennungstrieb wirksam; die Knappheit ist nicht Ursache des Wettbewerbs." Man könnte diesen zweiten Fall vielleicht als Unterfall des ersten auffassen, in welchem das Streben von vornherein nicht auf das ganze, von allen begehrte Objekt gerichtet, sondern auf einen der Rangfolge des einzelnen Konkurrenten entsprechenden Anteil beschränkt ist. Da in solchen Fällen von Konkurrenz oder Rivalität zu sprechen nur sinnvoll ist, wenn dem einzelnen dieser Anteil von anderen streitig gemacht wird, kann insoweit der Anteil als solcher als das begrenzt vorhandene Objekt betrachtet werden.

Beiden Fällen gemeinsam ist jedenfalls ein

"soziales Verhältnis zwischen das gleiche Ziel anstrebenden Einzelwesen ..., in dem die gegnerischen Einflüsse zusammengefaßt werden, die aus der Gleichheit des Strebens hervorgehen"⁶⁹⁾.

67) Diese Grundlage des wirtschaftlichen Wettbewerbs berücksichtigen zahlreiche Definitionen, vgl. unten A.II.3.b (S. 21 ff.).

68) vgl., auch zum Folgenden, L.v. WIESE, HdS, "Konkurrenz", S. 826/27.

69) im gleichen Sinne: HEFERMEHL, B.-H., I Allg., Anm. 1; SCHMITZ, NJW 61, 2093; MEYER-CORDING, WuW 62, 462 oben; KRAFT, Interessenabwägung, S. 179; jedoch beschränkt auf den ersten Halbsatz.

ABBOTT faßt die Definition des allgemeinen Wettbewerbs noch enger. Er sieht in ihr eine modifizierte Art des Kampfes. Dafür sei es notwendig, daß es bestimmte Spielregeln gebe, die von den Konkurrenten eingehalten werden, und daß hinter diesen Spielregeln - und dadurch würden sie gerechtfertigt und deshalb würden sie eingehalten - gemeinsame Wertvorstellungen stünden, die den Wettbewerbsinteressen übergeordnet seien. Des weiteren gebe es eine Methode, die Überlegenheit der Rivalen zu beurteilen:

"Es gibt Kampfrichter oder an ihrer Stelle einen richtenden Mechanismus; es werden einer oder werden mehrere der Rivalen ausgewählt, die anderen werden abgewiesen" 70).

Als Beispiel für die Erleuchtung des Wettbewerbs bietet sich der sportliche Wettkampf an. Sicherlich ließen sich von hier aus auch heute noch interessante Parallelen zum wirtschaftlichen Wettbewerb ziehen, wenn man etwa die Heterogenität der Güter oder die unterschiedlichen Produktions- und Standortbedingungen mit den unterschiedlichen körperlichen Voraussetzungen der Wettkämpfer vergleicht oder aber zwei oder mehr gleichwertige Kämpfer betrachtet, die sich womöglich etwas kennen und sich gegenseitig schonen, um sich nicht allzu sehr oder allzu früh zu verausgaben. Auch das Bild eines Läufers, der nicht gegen bestimmte andere Konkurrenten, sondern gegen die (anonyme) Uhr läuft, mag nützlich sein. Alle derartigen Vergleiche können die Einsicht fördern, daß es sich beim Wettbewerb in den verschiedenen Bereichen menschlichen Zusammenlebens jeweils nur um eine aus der Natur des betreffenden Lebensverhältnisses heraus besondere Ausgestaltung desselben Phänomens handelt. Ein darüber hinausgehender Aussagewert kommt ihnen nicht zu. Der jeweilige Inhalt des Wettbewerbsbegriffs ist vielmehr, ausgehend von der allgemeinen Definition, für jeden soziologischen Sachverhalt besonders zu bestimmen. Die Abweichungen des Begriffsinhaltes beruhen auf der Verschiedenheit der angestrebten Ziele und der zu ihrer Verwirklichung beobachteten Verhaltensweisen.

b) Der wirtschaftliche Wettbewerb

aa) Der Wettbewerb in der Wirtschaft muß zumindest auch diese Merkmale des allgemeinen soziologischen Wettbewerbsbegriffes umfassen:

- a) mehrere voneinander unabhängige Einzelwesen;
- b) ein einheitliches Ziel, das zu erreichen nicht allen Konkurrenten oder nicht allen in gleicher Weise möglich ist;
- c) ein Streben der Konkurrenten, dieses Ziel zu erreichen; 71)

70) ABBOTT, Qualität, S. 121 f.

71) vgl. zu diesen 3 Punkten KRAFT, Interessenabwägung, S. 179.

- d) bestimmte Spielregeln, die auf gemeinsamen Wertvorstellungen beruhen und
- e) Kampfrichter oder an ihrer Stelle ein richtender Mechanismus, der darüber entscheidet, wer das Ziel erreicht. ⁷²⁾

Dabei ist vorab klarzustellen, daß unter dem "Streben" der Konkurrenten nicht ein nur innerer Vorgang zu verstehen ist, sondern ein zielgerichtetes Verhalten. Das folgt unmittelbar aus dem zweiten Teil der v. WIESEschen Definition über die von der Gleichheit des Strebens verursachten "gegnerischen Einflüsse". Solche Einflüsse sind nicht denkbar, ohne daß das Streben durch ein entsprechendes Verhalten in die Außenwelt getragen wird. ⁷³⁾ Fraglich ist nur, welche Art von Verhalten erforderlich ist, um die genannten gegnerischen Einflüsse hervorzurufen, mit anderen Worten, um als Wettbewerbshandlung qualifiziert werden zu können.

bb) KRAFT möchte auch für den wirtschaftlichen Wettbewerb auf die Angabe der Mittel des Wettbewerbs verzichten, da sie, ebenso wie das Ziel des Wettbewerbs, variieren könnten ⁷⁴⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden, soweit damit auch auf die allgemeinste Umschreibung dieser Wettbewerbsmittel verzichtet wird. Es ist unerläßlich, den allgemeinen soziologischen Wettbewerbsbegriff für den jeweils betrachteten Lebensbereich - hier den wirtschaftlichen - weiter zu konkretisieren, damit er auch das spezielle Wesen dieses Bereiches wiedergibt. KRAFT selbst hebt als Besonderheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs hervor, daß er nicht nur die Konkurrenten, sondern "auch die Kunden, die Marktgegenseite, das Ziel des Konkurrenzkampfes" berühre ⁷⁵⁾, ja, daß "sich jede Wettbewerbshandlung auf Gewinnung neuer Kunden" richte ⁷⁶⁾, sich als ein "Werben um den Kunden" darstelle ⁷⁷⁾. Er spricht auch von dem Wettbewerb als von Aktion ⁷⁸⁾. Dennoch nimmt er dieses Erfordernis nicht ausdrücklich unter seine als begriffsnotwendig bezeichneten Merkmale auf: a) mehrere voneinander unabhängige Anbieter, b) Angebote von Gütern oder Leistungen, die sich für die möglichen Kunden als Alternative erweisen, d.h. die nicht alle gleichzeitig von den Kunden angenommen werden können und c) Konsumenten, die in ihrer Entscheidung, welches Angebot sie akzeptieren wollen, völlig frei sind ⁷⁹⁾.

72) vgl. zu den letzten 2 Punkten ABBOTT, Qualität, S. 121 f.

73) vgl. für den wirtschaftlichen Wettbewerb vor allem MEYER-CORDING, WuW 62, 463 unten.

74) Interessenabwägung, S. 178.

75) Interessenabwägung, S. 179.

76) KRAFT, Interessenabwägung, S. 181 Mitte.

77) KRAFT, Interessenabwägung, S. 186 vor 4.

78) KRAFT, Interessenabwägung, S. 180 oben.

79) KRAFT, Interessenabwägung, S. 187.

cc) Demgegenüber bezeichnet es FIKENTSCHER zu Recht als einen Mangel des von ihm zum Ausgangspunkt gemachten Wettbewerbsbegriffes des Reichsgerichts zum UWG, daß er auf Angabe des Wettbewerbsmittels verzichtet, also nichts darüber besagt, in welcher Weise die im geschäftlichen Verkehr den Zwecken des Wettbewerbs dienende Handlung den eigenen Absatz fördert oder einen fremden Absatz beeinträchtigt, den eigenen Kundenkreis auf Kosten der Gewerbsgenossen erweitert ⁸⁰⁾. Er entnimmt aber den Worten "Absatz", "Kundenkreis" und "im geschäftlichen Verkehr" einen Hinweis auf die stillschweigende Voraussetzung der Definition, wonach eine Einflußnahme auf den Kunden stattfinden müsse ⁸¹⁾. Dieses Merkmal ist als "Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" und neuerdings: "günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen", in seine Definition eingegangen, die lautet:

"Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender ⁸²⁾ Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen", ⁸³⁾

Danach wird in dem Inaussichtstellen das Streben nach Geschäftsverbindung betätigt. Ob man daher von einem bloßen Wettbewerbsstreben spricht oder von einer Betätigung, die in dem Bestreben erfolgt, den eigenen Kunden- oder Lieferantenkreis zu erhalten oder zu erweitern, ist gleichbedeutend, wenn man sich dabei dieses Zusammenhanges bewußt ist ⁸⁴⁾. Entscheidend ist, daß ein Einfluß auf die Kunden oder Lieferanten ausgeübt wird.

FIKENTSCHER bezeichnet diesen Teil seiner Definition als bloße Wiederholung des Gedankens der Rivalität zwischen den Mitbewerbern, die nur zur Konkretisierung des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes erforderlich sei ⁸⁵⁾. Er bestätigt damit einerseits die oben getroffene Feststellung, daß dem Wettbewerb als allgemeinem Phänomen die Betätigung des Strebens durch ein äußeres Verhalten wesenseigen ist und andererseits die auch von KRAFT gesehene Besonderheit des

80) z.B. RGSt 58, 430; FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 31 unten u. F. 4 dortselbst sowie S. 33.

81) Wettbewerb, S. 33.

82) zum Streit über dieses Erfordernis vgl. die bei FIKENTSCHER, WuW 61, 793 F. 25 ablehnend, F. 26 zustimmend Zitierten und oben A.II.2(S. 18f.).

83) WuW 61, 798 unten.

84) vgl. auch FIKENTSCHER, WuW 61, 791 oben; dagegen MEYER-CORDING, WuW 62, 463 unten, der FIKENTSCHER offensichtlich mißverstehet: FIKENTSCHER begnügt sich nicht mit einem bloß inneren Streben in seiner Definition.

85) WuW 61, 798 Mitte.

wirtschaftlichen Wettbewerbs, daß diese Betätigung immer - zumindest auch - eine dem Streben entsprechende Einflußnahme auf die Kunden umfassen muß.

Hierzu in schroffem Gegensatz steht allerdings die Bemerkung FIKENTSCHERS, man dürfe ein praktisches, aktives Tätigwerden am Markt nicht verlangen, "sonst wäre der mögliche Wettbewerber, der gar nicht erst anfängt, weil ihm ein Kartell den Markt versperrt, kein Mitbewerber im Sinne des GWB" ⁸⁶⁾. Wo aber sonst, wenn nicht auf dem Markt und durch ein aktives Tätigwerden, findet das Inaussichtstellen günstigerer oder doch wenigstens günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen statt? ⁸⁷⁾

Das Bedürfnis, schon Beschränkungen nur möglichen (potentiellen künftigen) Wettbewerbs durch § 1 zu erfassen, nötigt nicht dazu, künftigen Wettbewerb auch definitionsgemäß gegenwärtigem Wettbewerb gleichzusetzen. Tut man dies, dann gibt man das Erfordernis des Inaussichtstellens usw. auf. Denn dann kommt es gerade nicht darauf an, daß sich der Kunde alternativen Bedingungen gegenüber sieht, sondern es wird lediglich auf den Spannungszustand abgestellt, der allerdings auch schon zwischen den vorhandenen Konkurrenten einerseits und dem kommenden Konkurrenten andererseits besteht. Zutreffend lehnt deshalb MEYER-CORDING die Gleichsetzung von Wettbewerb und bloß möglichem Wettbewerb ab, § 1 umfaßt bei sinngemäßer Anwendung ohne weiteres auch schon Beschränkungen potentiellen Wettbewerbs. Er will den Wettbewerb durchsetzen durch das Verbot seiner Beschränkung. Er muß deshalb, soll er diesen Zweck erfüllen, bereits dort ansetzen, wo auch die beschränkende Maßnahme bereits ihre Wirksamkeit entfaltet, nämlich an dem vorwettbewerblichen Spannungszustand zwischen aktuellen und potentiellen Wettbewerbern ⁸⁸⁾.

Nur mit Vorbehalt ist daher auch dem FRANKFURTER KOMMENTAR zuzustimmen. Er zählt gleiche und Substitutionsgüter, die noch nicht tatsächlich angeboten werden, deren Erscheinen auf dem Markt jedoch "so bevorsteht, daß die Unternehmen schon mit ihnen rechnen müssen", schon zum "relevanten" Markt ⁸⁹⁾. Denkbar ist, daß das bevorstehende Erscheinen der Güter auf dem Markt bereits die Kunden beeinflusst, daß sie diese Güter bereits als Alternative empfinden (z. B. bei Geschäften auf künftige Lieferung). In diesem Fall herrscht akute Konkurrenz mit einem künftigen Gut. Der Spannungszustand zwischen den Unternehmen ist die Folge gegenwärtigen, nicht künftigen Wettbewerbs. In allen anderen Fällen aber gilt das gleiche, was oben gegen die Einbeziehung

86) WuW 61, 791 Mitte, im Gegensatz zum vorhergehenden Satz.

87) an diesem Merkmal hält FIKENTSCHER aber nachdrücklich fest, vgl. WuW 61, 796 ff.

88) MEYER-CORDING, WuW 62, 465; ebenso SCHMITZ, NJW 61, 2091 I.

89) FRANKFURTER KOMMENTAR, § 1, Tz. 21.

tion der potentiellen Konkurrenz in den Wettbewerbsbegriff gesagt wurde.

Nimmt man von der von FIKENTSCHER gemachten Einschränkung zu seinem Wettbewerbsbegriff ab, so hat dieser den Vorzug, daß er als einziger das Erfordernis einer bestimmten Marktverhältnisse gegenüber den Kunden, eben das Inaussichtstellen möglichst günstiger oder günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen, ausstellt. ⁹⁰⁾ Fraglich ist freilich, wie weit dieser Vorzug der formulierten Definition angeht: der Vorbehalt, mit dem FIKENTSCHER seinen Wettbewerbsbegriff belastet hat, auf die Dauer erhalten bleibt.

Aber auch andere Definitionsversuche gehen mehr oder weniger stillschweigend von diesem Erfordernis aus.

dd) MEYER-CORDING bezeichnet als Wettbewerb

"ein Verhalten, betätigt durch Handlungen oder Unterlassungen, mit denen mehrere Rivalen um die Wette das gleiche Ziel anstreben, ihren auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern".

In dem "um die Wette Anstreben" ist das Moment der Wettbewerbsbetätigung auf dem Markte enthalten. Denn "zur wirtschaftlichen Konkurrenz kommt es, weil die Unternehmer auf dem Markte anderen begegnen, die das gleiche Ziel des gewinngerichteten Leistungsaustausches verfolgen". ⁹¹⁾

MEYER-CORDING betrachtet es als selbstverständlich, daß das unmittelbar auf den Leistungsaustausch gerichtete Verhalten konstitutives Merkmal des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes ist, wenn er den erst kommenden, noch nicht am Markte auftretenden Wettbewerber als noch nicht im Wettbewerb befindlich betrachtet ⁹²⁾, obwohl dieser doch schon in recht großem Umfang vorbereitende Handlungen vorgenommen haben kann; oder wenn er sagt: In der Regel wetteiferten die Konkurrenten, indem sie beim Angebot ihrer Leistungen den Marktpartnern hinsichtlich Preis, Konditionen, Qualität oder Service günstigere Bedingungen als ihre Mitbewerber in Aussicht stellten; möglich sei aber, daß sie auch nur Reklamefeldzüge austrügen oder daß sie gar Behinderungswettbewerb durch Boykottierung, Inefführung, Anschwarzung, Abwerbung usw. trieben ⁹³⁾ - alles Verhaltensweisen, die auf dem Markte gegenüber oder mit Blick auf den umworbenen Kunden beobachtet werden. Nur weil nicht immer tatsächlich günstigere

90) Ihm hatte sich auch MÜLLER-HENNEBERG, GEM. KOMM., 1. Aufl., § 1, Anm. 24 a. A., angeschlossen; einschränkend 2. Aufl., Einf. IV (Der Begriff Wettbewerb): Wettbewerb = Inbegriff dessen, was nicht beschränkt werden soll.

91) MEYER-CORDING, WuW 62, 462 Mitte.

92) WuW 62, 465 Mitte.

93) WuW 62, 464 Mitte.

Bedingungen in Aussicht gestellt werden, will MEYER-CORDING auf dieses Merkmal in der (früheren) Definition FIKENTSCHERS verzichten ⁹⁴⁾.

Zusätzlich zu diesem unerläßlichen Erfordernis wettbewerblicher Markthandlungen gehören zur Konkurrenz, wie MEYER-CORDING sie versteht, aber auch "die zahllosen und vielfältigen Handlungen (rechtsgeschäftlicher und faktischer Art), die dieses Ziel ⁹⁵⁾ vorbereiten oder sonst irgendwie fördern sollen" ⁹⁶⁾, vorausgesetzt, daß sie objektiv dazu geeignet sind ⁹⁷⁾.

ee) GÜNTHER hat einmal als Wettbewerb bezeichnet

"das Streben eines Marktteilnehmers, an Stelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers ein Kauf-Tausch-Geschäft oder einen Miet-Pacht- oder auf gewerbliche Leistungen gerichteten Vertrag mit anderen Marktpartnern abzuschließen" ⁹⁸⁾.

Hier ist eindeutig auf das Rivalisieren um den Einzelvertrag auf dem Markt abgestellt.

ff) Nach ABBOTT handelt es sich beim wirtschaftlichen Wettbewerb um einen

"Wettstreit - oder öfter um eine Aufeinanderfolge von Wettstreiten - bei dem unabhängige Verkäufer Produkte ihrer eigenen Wahl zu Preisen ihrer eigenen Wahl anbieten, die von unabhängigen Käufern bewertet und gekauft werden, wobei sich die Erzeugnisse gegenseitig in dem Sinne ersetzen können, daß sich mit dem einen oder anderen eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Erleben erreichen läßt" ⁹⁹⁾.

Die meisten Autoren lassen aber die Entscheidung offen, ob sie ein auf dem Markt betätigtes Verhalten verlangen sollen oder ob schon andere Maßnahmen genügen.

gg) HEFERMEHL bezeichnet als Kern des wirtschaftlichen Wettbewerbs

"das Streben eines Wirtschaftssubjekts, auf einem gemeinsamen Markt an Stelle eines anderen zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen" ¹⁰⁰⁾.

Auf der einen Seite läßt es HEFERMEHL genügen, wenn das offene Hervortreten

94) WuW 62, 464 unten.

95) d. h. vorteilhafte Austauschgeschäfte.

96) WuW 62, 463 Mitte.

97) WuW 62, 464 1. Zeile.

98) MA 57, 35; vgl. auch bei KNÖPFLE, WuW 62, 159 unten.

99) Qualität, S. 126.

100) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 2.

des kompetitiven Strebens lediglich droht; es genüge, daß ein Unternehmen mit der "greifbaren" Möglichkeit rechnen müsse, daß Mitbewerber auftreten, die irgendwie in seinen Absatz- oder Bezugsbereich eingreifen könnten; es gehöre nicht zum Wesen des Wettbewerbs, daß er in bestimmter naher Zukunft aufgenommen werden soll. ¹⁰¹⁾ Danach würden allein vorbereitende Handlungen, die sich nicht unmittelbar, d. h. in "bestimmter naher Zukunft" in einer Rivalität auf dem Markte niederschlagen, schon ausreichen, um als Wettbewerbshandlungen qualifiziert werden zu können.

Andererseits betont auch HEFERMEHL, daß der wirtschaftliche Wettbewerb nicht nur die Mitbewerber auf der Anbieter- oder Nachfragerseite, sondern jeweils auch die Marktgegenseite berühre und sich durch derartige Auswirkungen von dem Wettbewerb in anderen Lebensbereichen unterscheide ¹⁰²⁾. Im Wettbewerb der Anbieter z. B. gehe es um die Verwertung einer Ware oder Leistung auf einem bestimmten Markt und um die Kaufkraft des Kunden ¹⁰³⁾. Es ist daher anzunehmen, daß auch HEFERMEHL nicht schlechthin vorbereitende Handlungen genügen lassen will, sondern nur, soweit sie in einem bestimmten engen Zusammenhang mit einem revalisierenden Verhalten auf dem Markt stehen: "Das kompetitive Verhältnis zwischen den Wettbewerbern (Wettbewerbsverhältnis) und das kooperative Verhältnis zwischen den Marktpartnern (Austauschverhältnis) sind ... in ihrem Beziehungszusammenhang zu werten" ¹⁰⁴⁾. Dann ist aber auch für HEFERMEHL letztlich entscheidend das Marktverhalten.

hh) KRUSCHE schließt sich den Definitionen GÜNTHERS, ABBOTTS und FIKENTSCHERS an und stellt als wesentliches Element bei allen die die Konkurrenten bewegende "Ungewißheit über das Ergebnis des Wettbewerbs" heraus, den er im Anschluß an HAERRY umschreibt als

"ein Ausleseverfahren auf Grund der relativen Leistungen der Beteiligten, das sich durch Reaktivität in der Planung und Ungewißheit über das Ergebnis auszeichnet" ¹⁰⁵⁾.

Das Merkmal des Ausleseverfahrens schließt notwendig die Betätigung von wettbewerblichen Verhaltensweisen auf dem Markte ein.

101) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 12.

102) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 7.

103) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 2.

104) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 6.

105) KRUSCHE, Marktverhalten, S. 28 f.;

HAERRY, Intensität, S. 19/20.

- ii) Für SCHMIDT liegt Preiswettbewerb vor - für andere Wettbewerbsformen muß das dann entsprechend gelten - "wenn
- a) rivalisierende, d. h. in einer direkten und bewußten (Oligopol) oder indirekten und unbewußten (Polypol) Rivalität stehende Anbieter
 - b) eine tatsächliche (im Gegensatz zur potentiellen oder latenten) individuelle Preispolitik betreiben, um den Marktanteil zu vergrößern oder zu behaupten,
 - c) so daß die Käufer zwischen Waren wählen können, deren Preisabstand zueinander sich im Zeitablauf - je nach dem Grad der Unvollkommenheit des Marktes - geändert hat" 106).

Diese Definition bezeichnet sich als das Ergebnis neuerer nationalökonomischer Erkenntnisse. Ihr wesentliches Merkmal ist, daß Wettbewerb als tatsächliches rivalisierendes Marktverhalten im Zeitablauf erscheint.

- kk) REISSER fragt: "Worin also besteht sonst der Wettbewerb, wenn nicht in dem ständigen Anreiz, durch das bessere, günstigere Angebot seine Mitanbieter im Kampf um den Gewinn anzugreifen oder sich gegen deren Offensiven zu verteidigen?" 107) -

und nennt damit den Wettbewerb zunächst nur einen "Anreiz" zu einem gewissen Handeln. Ein solcher "ständiger Anreiz" verdankt sein Entstehen und Fortbestehen aber einerseits stets den Erfahrungen in der Vergangenheit, die aus entsprechenden Handlungen gewonnen wurden und setzt die ständige Überprüfung dieser Erfahrungen in der Zukunft voraus, eben in dem Kampf um den Gewinn, der sich aber in Verhaltensweisen auf dem Markte abspielt. Hier zeigt sich der von HEFERMEHL erwähnte Beziehungszusammenhang, der Konkurrenten und Marktgegenseite verbindet.

In diesem Lichte sind dann die weiteren Ausführungen REISSERS zum "Wettbewerbsprozeß" zu lesen, wonach sich die Bewegungen und Gegenbewegungen (Aktionen und Reaktionen) der Konkurrenten "auf den Produktionsprozeß, auf das Produkt, die Verkaufsmethoden, die Preise oder auf verschiedene Kombinationen dieser Aktionsparameter erstrecken" können 108). In ihnen erschöpft sich der Wettbewerbsprozeß so lange nicht, als sich solche Maßnahmen nicht auch im Marktverhalten niederschlagen. Erforderlich sind das tatsächliche Anbieten des verbesserten Produktes, das Fordern des niedrigeren Preises auf dem Markt. Daher muß REISSER auch "für diejenigen Fälle oligopolistischer Konkur-

106) WuW 64, 140 und 152.

107) Preiswettbewerb, S. 14.

108) Preiswettbewerb, S. 82.

renzbeziehungen, in denen infolge der gegenseitigen Preisinterdependenz ein Preiswettbewerb im eigentlichen Sinne (der von REISSER entwickelten Definition) unterbleibt und unterbleiben muß", eine besondere Definition des "latenten Preiswettbewerbs" geben: "Latenter Preiswettbewerb liegt dann vor, wenn oligopolistische Anbieter aus Furcht vor einem ruinösen Preiskampf den Aktionsparameter Preis nicht ändern, sich aber durch die ständige Gefahr eines solchen Preiskampfes bedroht fühlen" ¹⁰⁹⁾. Entsprechendes muß für alle Aktionsparameter gelten, auch für Bewegungen im Produktionsprozeß, soweit diese auf dem Markt in Erscheinung treten können.

11) REISSER vermeidet so die unbefriedigende, weil dem Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs, soweit es bisher herausgearbeitet wurde, widersprechende Konsequenz HAERRY'S, der selbst eine "stillschweigende oder ausdrückliche Verständigung über eine allen gemeinsame Art des Verhaltens . . . , welche das Oligopol nach außen als geschlossene monopolistische Organisation erscheinen läßt", noch als "echten Wettbewerb" bezeichnen will; "denn nicht äußere Handlungen, sondern Reaktivität in der Planung ist das Entscheidende, und wo diese sich mit Ungewißheit verbindet, ist nach unserer Definition echter Wettbewerb gegeben". ^{110) 111)}

HAERRY sagt nicht, worin hier noch das doch auch von ihm vorausgesetzte "Ausleseverfahren" wirksam wird. Genügt ihm eine potentielle Auslese? Denn sicher ist, daß er die Planung als geistigen, nicht durch äußere Handlungen betätigten Prozeß sieht, da er die "normale Bewegung", insbesondere die "Schaffung (!) und Einführung neuer Produkte", ersetzt findet durch "Erstarrung und Ruhe". Es bleibt also alles beim alten, Nicht besteht Ungewißheit über den Ausgang eines akuten Ausleseverfahrens unter Einbeziehung der anderen Marktseite als "Richter", sondern über das künftige Wohlverhalten der Konkurrenten. HAERRY läßt damit allein den Spannungszustand zwischen den Konkurrenten genügen und mißachtet den Beziehungszusammenhang, der mit der Marktgegenseite besteht.

mm) Mit dieser Ausnahme weisen alle betrachteten Definitionen ein gemeinsames Merkmal auf, das sie ausdrücklich oder stillschweigend zugrundelegen: Der wirtschaftliche Wettbewerb setzt immer Handlungen voraus, in denen die bestehende Rivalität auf den Markt getragen wird, mag man sie nun als Inausichtstellen möglichst günstiger oder günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen (FIKENTSCHER) oder als ein Verhalten bezeichnen, mit dem der auf Gewinn gerichtete Leistungsaustausch im Wettstreit mit anderen gefördert werden soll (MEYER-CORDING).

109) Preiswettbewerb, S. 146.

110) HAERRY, Intensität, S. 39/40.

111) vgl. die Definition bei KRUSCHE, oben A.II.3.b (S. 27).

Richtig ist, daß sich die Rivalität nicht immer in einem aktiven Tätigwerden auf dem Markt auszudrücken braucht ¹¹²⁾, Jedoch muß an seiner Stelle ein zweckgerichtetes Unterlassen "stattfinden"; bloße Untätigkeit genügt nicht. Auch das Unterlassen muß also noch als Ausdruck der bestehenden aktuellen Rivalität gelten können.

MÜLLER-HENNEBERG spricht bei diesem Zustand mißverständlich von "potentieller Rivalität", die sich dadurch auszeichne, daß aus konjunkturellen Gründen "auf der begünstigten Marktseite tatsächlich kein aktueller Anreiz zur Vor-
nahme von Wettbewerbshandlungen wirksam ist". Er setzt diese Fälle gleich einer Beschränkung des Wettbewerbs durch Vertrag und sogar den Verhältnissen auf dem monopolistischen Markt, die er als "potentiellen Wettbewerb" bezeichnet. Das zeigt, daß er von einem funktionalen Wettbewerbsbegriff ausgeht, der für § 1 gebildet ist, nun aber verallgemeinert wird: Wettbewerb ist das "Substrat der Wettbewerbsbeschränkung" - zu ergänzen wäre: im Sinne des § 1. ¹¹³⁾ Damit wird die Stellungnahme MÜLLER-HENNEBERGS wertlos für die Unterlassungen im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsbegriffes, wie er hier entwickelt werden soll.

Daß Wettbewerb auf dem Markt auch durch Unterlassen in Erscheinung treten kann, überrascht auf den ersten Blick. Diese Möglichkeit entspricht aber der Einsicht, daß die Marktteilnehmer beim Leistungsaustausch nicht ständig günstigere Bedingungen bieten können und auch nicht ständig etwas für ihren Leistungsaustausch zu tun brauchen. Dies kann ein Blick auf den sportlichen Wettkampf verdeutlichen. Der Faustkämpfer etwa, aber auch der Langstreckenläufer, der gegen die (anonyme) Uhr kämpft, wird, bei aller Anstrengung auf das Ganze gesehen, im einzelnen nicht immer und in jedem Augenblick des Kampfes Höchstleistung erbringen, sondern Phasen relativer Entspannung einschieben, wann immer er dies mit dem Endziel, dem Sieg über den Gegner oder die Zeit, vereinbaren zu können glaubt. In diesem Sinne ist wohl auch FIKENTSCHER zu verstehen, der sagt: "Die(se) Rivalität braucht nicht aktuell zu sein, sich z.B. in einem Preiskampf auszudrücken, sie kann auch versteckt hinter einem scheinbar spannungslosen Parallelverhalten liegen. Solange ein Mitbewerber auf das acht gibt, was sein Konkurrent tut, um sich gegebenenfalls nach seinen Maßnahmen zu richten, liegt Rivalität und damit Wettbewerb vor" ¹¹⁴⁾.

112) vgl. MEYER-CORDING, WuW 62, 462; nichts anderes ist auf S. 463 letzter Absatz gemeint.

113) vgl. MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 64.

114) WuW 61, 793 Mitte; ebenso ABBOTT, Qualität, S. 227.

Die Möglichkeit, daß auch Unterlassungen dem Wettbewerbsbegriff genügen können, kommt in den Definitionen im allgemeinen nicht zum Ausdruck ¹¹⁵⁾. Gleichwohl darf angenommen werden, daß sie ihnen als selbstverständlich zugrundegelegt ist. Die Umschreibungen des Wettbewerbs kehren eben nur das Wesentliche des Wettbewerbs heraus, und das ist nur die Rivalität, die sich auch in aktivem Tun auf dem Markt niederschlägt. Deshalb ist auch etwa FIKENTSCHERS Definition, die Inaussichtstellen möglichst günstiger oder günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen fordert, durchaus mit seiner soeben zitierten Bemerkung vereinbar.

Wer dagegen, wie HAERRY, ausdrücklich die Notwendigkeit eines aktiven Handelns leugnet, für den kann es auch kein Unterlassen im beschriebenen Sinn geben; die Rivalität drückt sich auf dem Markt überhaupt nicht aus. Auf dem Markt herrscht stattdessen Untätigkeit im Verhältnis der "Konkurrenten" zueinander. Das Bild gleicht dem eines sportlichen Kampfes, bei dem sich die Gegner einig sind, einander "nichts zu tun", der Preis - falls er nicht geteilt wird - nach Zufallsregeln auf einen von ihnen entfällt (und sich so im Laufe mehrerer Kämpfe gleichmäßig verteilt) und allein insofern Ungewißheit über den Ausgang besteht, als möglicherweise doch noch einer den anderen gleichsam aus dem Hinterhalt angreift. Dem Publikum oder dem Kampfgericht wird keine Leistung erbracht, sondern allenfalls eine "Show", d. h., daß nur irgendetwas gezeigt wird, obwohl keiner nur "sehen", sondern "erleben" will.

Es ergibt sich also, daß im wirtschaftlichen Wettbewerb, neben Unterlassungen, ein aktives Handeln im Wettstreit auf dem Markt erforderlich ist, durch das der eigene Leistungsaustausch gefördert wird und das in dem Inaussichtstellen möglichst günstiger oder günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen besteht.

c) Die Rolle der Marktpartner im Wettbewerb;
das Wesen alternativer Angebote

aa) Die Rolle der Partner auf der anderen Marktseite kommt am besten bei ABBOTT zum Ausdruck:

... unabhängige Angebote, "die von unabhängigen Käufern bewertet und gekauft werden ... Die Käufer müssen dabei die Freiheit haben, jedes angebotene Geschäft abzuschließen, zurückzuweisen oder ein Gegenangebot zu machen. ¹¹⁶⁾ ... Das entscheidende Kriterium ist die Frage, ob Alternativen vorhanden sind. Ist die Zahl der Alternativen begrenzt, so daß denkbare Alternativen, die sich womöglich als besser erweisen

115) Ausnahme: MEYER-CORDING, oben A.II.3. b (S. 25).

116) ABBOTT, Qualität, S. 126.

könnten, an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert werden, dann ist der Wettbewerb eingeschränkt." ¹¹⁷⁾

ABBOTT hat dieses Kriterium der Möglichkeit von Alternativen in sämtlichen Definitionen der modernen amerikanischen Wirtschaftstheoretiker bestätigt gefunden, die sich um die Beschreibung der "workable" (arbeitsfähigen) oder "effective competition" (wirksamen Wettbewerbs) bemühen und meint, daß es auch für die Art des Wettbewerbs gelte, die in den Antitrustgesetzen "angestrebt wird oder angestrebt werden sollte" ¹¹⁸⁾.

bb) "Alternative" bedeutet die "Wahl" ¹¹⁹⁾ oder zugleich auch die "Entscheidung" ¹²⁰⁾ zwischen zwei Möglichkeiten. Die Möglichkeiten brauchen deshalb nicht notwendig verschiedenen Inhalts zu sein ¹²¹⁾. Es muß aber denkbar sein, daß sie es sind. Ob es wünschenswert ist, daß sie es sind ¹²²⁾, mag dahinstehen.

Die Aussicht, daß sich das eigene Angebot für die Kunden als von anderen Angeboten verschieden darstellt und ihren Kaufentschluß entsprechend beeinflußt, ist für die Konkurrenten die große Chance, die erst ein wettbewerbliches Streben möglich macht. Ohne diese Aussicht wäre jedes sich-beim-Kunden-um-die-Wette-Bewerben sinnlos, da dieser eine Auswahl im eigentlichen Sinne gar nicht zu treffen brauchte, sondern blind zugreifen könnte, weil dies für ihn mit Sicherheit das gleiche Ergebnis hätte.

Eine Alternative in diesem Sinne liegt nicht nur dann vor, wenn der Kunde die Wahl zwischen den Angeboten mehrerer individueller Konkurrenten hat, wie das bei oligopolistischer Konkurrenz der Fall ist, sondern auch dann, wenn er im Falle vollständiger Konkurrenz zwischen einer Vielzahl von Angeboten die Wahl hat ¹²³⁾. Zwar wird bei, infolge der ausgleichenden Wirkung des Marktmechanismus zur Zeit gleichen Bedingungen, die Funktion des Kunden "als wählender und prüfender Abnehmer" ¹²⁴⁾ nicht in Erscheinung treten. Doch bleibt sie als Möglichkeit bestehen und verwirklicht sich im selben Augenblick, in

117) ABBOTT, Qualität, S. 127.

118) ABBOTT, Qualität, S. 114 f.

119) BROCKHAUS.

120) DUDEN.

121) a.A. RINCK, Wirtschaftsrecht, Anm. 796.

122) so ABBOTT, Qualität, S. 116, was die Qualität des Angebots betrifft.

123) so ausdrücklich die Definition von SCHMIDT, oben A.II.3. b ii (S. 28).

124) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 42 Mitte.

welchem einer der Konkurrenten - in der unausweichlichen Illusion, den eigenen Absatz auf Kosten der Gesamtheit aller anderen fördern zu können ¹²⁵⁾ - bessere Bedingungen bietet. Ebenso wie dieses Verhalten eines Konkurrenten früher als Wettbewerbshandlung qualifiziert werden konnte, ergibt sich nunmehr als Konsequenz für die Marktpartner die Wahlmöglichkeit. Der nicht unmittelbar gegen einzelne Konkurrenten, sondern, wenn man so will, gegen die zur Zeit bestehenden Bedingungen auf dem Markt gerichteten Wettbewerbshandlung entspricht eine Alternative nicht zwischen mehreren individuellen Konkurrenzangeboten, sondern zwischen dem neuen Angebot einerseits und den bisher allgemein geltenden Bedingungen auf dem Markt andererseits. Nimmt man auch hier die - diesmal die Auswirkung der Wahl der Konsumenten - potenzierende Wirkung des Marktmechanismus hinzu, dann kommt man zu der über das Angebot richtenden Funktion der Marktgegenseite insgesamt, dem "richtenden Mechanismus" in ABBOTTS allgemeiner Definition der Konkurrenz ¹²⁶⁾. Dies führt zurück zu den oben besprochenen Wettbewerbsdefinitionen.

cc) Auf HAERRY'S oligopolistischem "Wettbewerbs"markt gibt es für die Kunden keine Alternativen, da von den Konkurrenten die Möglichkeit unterschiedlicher Angebote gerade vermieden wird. Etwaige Unterschiede, die etwa auf der Unbotmäßigkeit einzelner Konkurrenten beruhen, stellen sich von den Marktpartnern aus betrachtet als zufällig heraus und schaffen keine prinzipielle Auswahlmöglichkeit ¹²⁷⁾.

dd) FIKENTSCHERS ursprüngliche "möglichst günstige Geschäftsbedingungen" ¹²⁸⁾ hatten noch darauf hingewiesen, daß unerläßliche Voraussetzung des wettbewerblichen Strebens das Vorkommen tatsächlicher Unterschiede der alternativen Möglichkeiten ist. Das ist oben aus der Blickrichtung der Konkurrenten bei der Betrachtung der Unterlassungen im Wettbewerbsprozeß festgestellt worden ¹²⁹⁾. Aus der Sicht der Kunden ist jetzt hinzuzufügen, daß die Möglichkeit von Unterschieden, um zu einer auswählenden Funktion dieser Marktseite zu führen, natürlich keine theoretische sein darf, sondern durch ständige Verwirklichung zu einer lebendigen Erfahrung werden muß.

Ein Mangel der jetzigen Definition FIKENTSCHERS ist, daß sie diesen Akzent beiseitigt hat. Das Inaussichtstellen "günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen" ¹³⁰⁾ läßt nicht mehr erkennen, daß auch nach FIKENTSCHER echte Alternativen im beschriebenen Sinne geboten werden müssen. Dieses Erfordernis muß

125) vgl. oben A.II.2. (S. 18).

126) vgl. oben A.II.3.a (S. 21).

127) vgl. oben A.II.3.b (S. 29) u. A.II.3.c (S. 32 Mitte).

128) Wettbewerb, S. 39 u. oben A.II.3.b (S. 23).

129) vgl. oben A.II.3.b (S. 30).

130) WuW 61, 798.

jetzt, wie bei allen anderen Definitionen auch, aus dem Wesen der Rivalität gefolgert werden. Was die Berichtigung der Definition ausdrücken sollte, geht aus folgendem Satz hervor: "Es kann in der Tat nicht darauf ankommen, daß die inaussichtgestellten Geschäftsbedingungen absolut betrachtet günstiger sind als die des Konkurrenten. Gemeint ist vielmehr, daß ein Mitbewerber so tut, als ob er günstigere Geschäftsbedingungen zu bieten habe oder daß es für den Gegner doch bequemer sei, das Geschäft mit ihm abzuschließen und nicht mit dem Konkurrenten" 131).

Es ist nicht so, daß mit dem "so tun als ob" atlich Täuschungshandlungen zu Wettbewerbshandlungen erklärt werden sollten, wie MEYER-CORDING anzunehmen scheint. Er führt aus, FIKENTSCHER habe "zunächst (?) gemeint, hier finde überhaupt kein Wettbewerb statt" 132). Allerdings ist dies die MEYER-CORDING entgegengesetzte, überzeugende Auffassung FIKENTSCHERS von früher her 133), die er auch heute noch angesichts seiner berichtigten Definition voll aufrechterhält: "Irreführung von Kunden ... (usw.) sind Handlungen zu Wettbewerbszwecken. Eine Handlung zu Wettbewerbszwecken setzt den Wettbewerb voraus, ist aber mit dem Wettbewerb nicht identisch." 134)

Für das "so tun als ob" bleibt somit nur die Erklärung, daß mit ihm die Auswirkung der Betätigung des wettbewerblichen Strebens auf dem Markt ausgedrückt werden soll. Es soll deutlich gemacht werden, daß die Geschäftsbedingungen nicht in jeder Phase des Marktgeschehens tatsächlich günstiger als die der Konkurrenten sein können und daß es für den Wettbewerb genügt, wenn die Kunden damit rechnen, auf ein günstigeres Angebot zu treffen. Wollte man diesen Tatbestand aus der Sicht der Kunden formulieren, könnte man ihn etwa so umschreiben, wie es in dem vorigen Satz geschehen ist. Mit Blickrichtung von den Wettbewerbern her bietet sich die Formulierung MEYER-CORDINGS von den "Handlungen und Unterlassungen" an 135). Durch die "Handlungen" der näheren Vergangenheit verursachen die Anbieter den "Anschein" (der wertfrei zu verstehen ist), d.h. den Eindruck bei den Kunden, daß das konkrete Angebot ebenfalls auf einer solchen Wettbewerbshandlung beruhe, auch wenn gerade die Phase des Unterlassens durchlaufen wird. Das Angebot ist nur ein scheinbar günstigeres, während es in Wahrheit gleich günstig oder infolge von Wettbewerbshandlungen der Konkurrenten weniger günstig ist. Dieses "günstiger erscheinende"

131) WuW 61, 798 oben.

132) WuW 62, 464 letzter Absatz; ähnlich KNÖPFLE, WuW 62, 164 oben.

133) Wettbewerb, S. 42.

134) WuW 61, 797 letzter Absatz Mitte; ABBOTT nennt gewisse Spielregeln als dem Wettbewerb eigentümlich, vgl. oben A.II.3. a (S. 21).

135) vgl. oben A.II.3. b (S. 25).

Angebot hatte nun in der Definition FIKENTSCHERS neben, nicht an die Stelle des bisherigen "möglichst günstigen" Angebotes treten müssen. Dann wäre klar geworden, woher das Angebot seinen "Schein" bezieht, nämlich von diesen tatsächlich günstigeren Angeboten der Vergangenheit und nicht von irgendwelchen Täuschungshandlungen. Durch die Erläuterung FIKENTSCHERS mit dem "so tun als ob" wird das Mißverständnis vollendet. Das "so tun" bezieht sich nämlich nicht unmittelbar auf das konkrete Angebot - das waren Täuschungshandlungen, die FIKENTSCHER von seinem Wettbewerbsbegriff ausdrücklich ausnimmt - sondern es ist das wettbewerbliche Tun der nahen Vergangenheit, das bei dem konkreten Angebot nachwirkt und es ebenfalls als Wettbewerbsangebot qualifiziert.

ee) Wie dringend nötig es ist, den Bedeutungsinhalt der Alternative möglichst zweifelsfrei auszudrücken, zeigt besonders die Kritik BENISCHS an FIKENTSCHERS Auffassung von der Konsumfreiheit. Nach der Ansicht BENISCHS besteht deren Wesen darin, daß der Verbraucher "in der Wahl seines Lieferanten und der auf dem Markt vorhandenen Leistungen frei" bleibe, was auch der Fall sei, wenn Beschränkungen zu einem gleichförmigen Verhalten von Anbietern führten ¹³⁶). Es wurde bei der Darstellung der Funktion der Kunden im Wettbewerbsprozeß ausgeführt, weshalb in einem solchen Falle von einer Wahl der Konsumenten nicht mehr gesprochen werden kann. Allein die Möglichkeit, sich etwa zwischen zwei qualitativ verschiedenen Gegenständen zu entscheiden, begründet noch keine Wahl zwischen den Marktangeboten im Sinne einer "richtenden" Entscheidung des Kunden ¹³⁷).

Das entscheidende Argument BENISCHS ist denn auch, das Verbot der Beschränkung ermögliche nicht notwendig die Wahl zwischen unterschiedlichen Angeboten; auch gleiche Preise entsprächen dem Wettbewerb ¹³⁸). BENISCH wendet sich damit gegen FIKENTSCHERS Auffassung von der Wettbewerbsfreiheit als "für den Kunden grundsätzlich freie Möglichkeit, zwischen den angebotenen Alternativen zu entscheiden" ¹³⁹), bzw., für einkaufende Händler, als "Entscheidungsfreiheit beim Einkaufsgespräch" oder, für einkaufende Verbraucher, als "Ausweichmöglichkeit auf günstigere Angebote" ¹⁴⁰).

FIKENTSCHER spricht aber nirgends von der "Notwendigkeit" der akuten Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Angeboten, sondern von der "grundsätz-

136) BENISCH, WuW 61, 773 Nr. 3.

137) vgl. oben A. II. 3. c (S. 32 f.); gegen BENISCHS Auffassung von der Wahlfreiheit auch FUCHS, Kartellverbot, S. 72 f.

138) WuW 61, 773 Nr. 3.

139) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 227 unten.

140) FIKENTSCHER, Preisempfehlung, S. 71 unten.

lichen Möglichkeit". So ist auch die "Ausweichmöglichkeit auf günstigere Angebote" zu lesen. Was FIKENTSCHER unter der Möglichkeit günstigerer Angebote versteht, ist oben ausführlich dargestellt ¹⁴¹⁾. Und auch die gesicherte Erkenntnis, daß gleiche Preise dem Wettbewerb entsprechen können, ist, soweit ersichtlich, von FIKENTSCHER niemals angezweifelt worden.

d) Der Funktionelle Wettbewerbsbegriff Knöpfles

KNÖPFLE versteht unter Wettbewerb, wie er in § 1 des Gesetzes zugrunde gelegt ist,

"die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können" ¹⁴²⁾,

unter Wettbewerbsbeschränkung den Ausschluß oder die Verminderung eines der drei genannten Merkmale ¹⁴³⁾.

Er erkennt in der Wahlmöglichkeit der Partner auf der anderen Marktseite zwischen mehreren Anbietern(Nachfragern) den Faktor, von dem eine Definition, die dem Wesen des Wettbewerbs gerecht werden soll, ausgehen müsse ¹⁴⁴⁾, und zwar aus folgendem Grunde:

"Die Vorteile, die der Gesamtwirtschaft aus einem Nebeneinander von Wirtschaftlern auf einer Marktseite erwachsen, sind ... in den der Wahl- oder Ausweichmöglichkeit der Marktpartner entspringenden Erfordernissen, Risiken und Chancen ... begründet" ¹⁴⁵⁾.

Entscheidend ist also nicht die tatsächliche inhaltliche Verschiedenheit der Angebote (materielle Wahlmöglichkeit). Bei vollständiger Konkurrenz und auch sonst "überall dort, wo ein einheitlicher Marktpreis (und einheitliche Marktbedingungen) bestehen", fehle es nämlich an einer solchen. ¹⁴⁶⁾ Entscheidend ist aber auch noch nicht die bloße Existenz einer Mehrzahl von Anbietern, unter denen zu wählen die Möglichkeit besteht (formelle Wahlmöglichkeit) ¹⁴⁶⁾.

141) vgl. oben A.II.3.c (S. 33 ff.) u. A.II.3.b (S. 30/31):

142) ähnlich bereits in WuW 62, 171 unten, vor allem aber jetzt in Rechtsbegriff, S. 222.

143) Rechtsbegriff, S. 223 oben.

144) WuW 62, 171 unten und Rechtsbegriff, S. 212.

145) Rechtsbegriff, S. 212.

146) so schon KNÖPFLE WuW 62, 172.

Vielmehr ist erforderlich, daß zwischen den Anbietern ein Verhältnis besteht, auf Grund dessen die Möglichkeit der Kunden, zwischen ihnen zu wählen, "Erfordernisse, Risiken und Chancen" für die Anbieter mit sich bringt. Das heißt, daß sich die Anbieter Beschränkungen in Bezug auf die Forderung der Gegenleistung für ihr Angebot auferlegen müssen, sich zugleich aber Anforderungen bei der Ausgestaltung des Angebots im übrigen gegenübergestellt sehen¹⁴⁷⁾. Genügt ein Anbieter diesen Erfordernissen, dann eröffnet sich für ihn die Chance - für die Mitbewerber -, dies das Risiko - daß er zusätzliche Nachfrage auf sich zieht, die den anderen verloren geht¹⁴⁷⁾. Erst diese, in der Sphäre der Anbieter auftretenden Folgen der formellen Wahlmöglichkeit der Nachfrager konstituieren den KNÖPFLEschen Wettbewerbsbegriff.

Dieser wird erst von seiner Funktion her recht verständlich. Er soll nämlich diejenigen Faktoren des Wirtschaftslebens bezeichnen, deren Beschränkung das Gesetz, besonders in § 1, verbietet¹⁴⁸⁾. Das sind aber, nach KNÖPFLES Feststellungen, wegen ihrer ökonomischen Vorteilhaftigkeit, die genannten "Erfordernisse, Risiken und Chancen". Was durch das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen erhalten bleiben soll, ist eben der Wettbewerb im Sinne der entsprechenden Vorschriften des Gesetzes. Oder, um mit KNÖPFLE zu sprechen: "Die Kongruenz einer Wettbewerbsdefinition mit den Zielen des GWB ist in dem Maße gegeben, in dem sie auf die genannten, den ökonomischen Nutzen des Wettbewerbs begründenden Wirkungsfaktoren abstellt."¹⁴⁹⁾

Ob das Gesetz allein oder auch nur überwiegend die gesamtwirtschaftlichen Vorteile eines bestimmten Wirtschaftsablaufs schützen will, wird der weitere Gang der Untersuchung dieser Arbeit zeigen. Für § 1 GWB jedenfalls, aus dem heraus er entwickelt worden ist, vermag KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff die Anwendung des Gesetzes zu fördern. §§ 1 ff. GWB gehen nämlich schon ihrer Systematik nach davon aus, daß das unbeschränkte Nebeneinander der Unternehmen infolge der Erfordernisse, Risiken und Chancen für die Unternehmen grundsätzlich zu - mindestens auch (vielleicht neben rechtlichen Ergebnissen) zu einem optimalen gesamtwirtschaftlichen Effekt führt, der in Ausnahmefällen jedoch nur durch eine kartellmäßige Beschränkung der genannten Merkmale zu erreichen ist (§§ 4 bis 8 GWB). Hinzu kommt, daß mit den "Erfordernissen", "Risiken" und "Chancen" praktikable, weil genügend klar abgegrenzte Begriffe zur Verfügung stehen, deren Inhalt im einzelnen nicht allzu schwer zu ermitteln sein wird. KNÖPFLE verweist insoweit mit Recht darauf, "daß der Angriffspunkt, gegen

147) KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 203 ff., besonders S. 206.

148) kritisch zu dieser Methode: MEYER-CORDING, WuW 62, 465 Mitte.

149) KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 215 oben;

vgl. auch aaO. S. 153.

den sich die Kartelle gewöhnlich richten, identisch ist mit den Wirkungsfaktoren, auf denen die günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbs beruhen" ¹⁵⁰⁾. Über diese Angriffspunkte aber liegt ausreichend Erfahrungsmaterial vor.

Im Gegensatz hierzu bezeichnet KNÖPFLE selbst das gesamte Feld der Wettbewerbsbeschränkungen "ohne notwendige Freiheitsbeschränkung" im Sinne kartellmäßiger Verpflichtung der Unternehmen als recht problematisch, vor allem wegen der Schwierigkeiten ihrer Abgrenzung gegenüber dem gewöhnlichen Verhalten der Oligopolisten. ¹⁵¹⁾ ¹⁵²⁾ Die Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt halten "gewöhnlich eine gewisse 'Disziplin' ein, die jedoch auf rein ökonomischem Kalkül beruht und keine Bande anderer Natur voraussetzt. ... Diese Disziplin ... ist nichts anderes als der normale Ausdruck der Reaktionsverbundenheit der Unternehmen, die sich ihrerseits zwangsläufig aus einer Situation ergibt, in welcher der eine die Marktbedingungen des anderen mitbestimmt". ¹⁵³⁾ Sie läßt nach KNÖPFLE den Wettbewerb unberührt; sogar im reinen Oligopol bestehe Preiswettbewerb auf Grund der gerade hier sehr strengen Erfordernisse (Beschränkung der eigenen Preisforderung ¹⁵⁴⁾, Rationalisierung des Betriebes ¹⁵⁵⁾ und der stets vorhandenen Risiken und Chancen einer Preissenkung durch einzelne Konkurrenten ¹⁵⁵⁾. Entsprechendes gelte für den Qualitätswettbewerb ¹⁵⁶⁾.

150) KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 219 unten.

151) KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 301 oben.

152) Unter wirtschaftlicher Freiheit versteht KNÖPFLE nur die Freiheit der Anbieter (Nachfrager), nicht aber auch ihrer Marktpartner: "... die Konkurrenz kann beschränkt werden ..., ohne daß an ... der Freiheit ... der Wirtschaftler etwas geändert würde; so etwa, wenn die Unternehmen den Wettbewerb durch ein solidarisches Handeln beschränken ...", aaO. S. 136 unten; das wird sich - vom hier vertretenen Standpunkt aus gesehen - als der entscheidende Mangel seiner Lehre erweisen. Darüber hinaus führt diese enge Auffassung der wirtschaftlichen Freiheiten zu einem Mißverständnis der "verbreiteten Ansicht", eine Wettbewerbsbeschränkung "liege in der Einschränkung der wirtschaftlichen Entschließungs- und Dispositionsfreiheit": diese Lehre komme zu abweichenden Ergebnissen, "wenn die Freiheit unberührt bleibt", weil der Wettbewerb "durch ein von den Unternehmen freiwillig beobachtetes Verhalten eingeschränkt" werde, aaO. S. 233.

153) KNÖPFLE, Rechtsbegriff, S. 301/302.

154) KNÖPFLE, aaO. S. 244 Mitte.

155) KNÖPFLE, aaO. S. 252 Mitte.

156) KNÖPFLE, aaO. S. 253.

KNÖPFLE weist auch nach, daß Wettbewerb im Sinne seiner Definition beim heterogenen Oligopol nicht stärker ist als beim reinen ¹⁵⁷⁾.

Dieser oligopolistische Wettbewerb ist nach KNÖPFLE seiner Intensität nach nicht grundsätzlich verschieden von demjenigen in anderen Marktformen ¹⁵⁸⁾. Eingeschränkt wird er daher erst durch ein über die "gewöhnliche Disziplin" hinausgehendes Verhalten der Unternehmen, insbesondere durch "gleichförmiges Handeln zum Nachteil der Marktpartner", weil dieses die Erfordernisse verringert, ¹⁵⁹⁾ und "Gruppenezusammenhalt", da sich durch ihn die Risiken für die Konkurrenten verringern ¹⁶⁰⁾. Findet ein solches Verhalten statt, dann nur, weil die Unternehmen "auf diese Weise am besten fahren" ¹⁶¹⁾.

Verblüffend ist, daß KNÖPFLE, der doch den Wettbewerb wegen seines gesamtwirtschaftlichen Nutzens durch das Gesetz erhalten sehen will ¹⁶²⁾, die oligopolistische Wettbewerbsbeschränkung bis zu einem Grade hinnimmt, "bei dem der Wettbewerb im wesentlichen entfallen ist" ¹⁶³⁾. Dies nicht etwa deswegen, weil die Abgrenzung der normalen oligopolistischen Disziplin von der - nicht normalen - oligopolistischen Wettbewerbsbeschränkung unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten würde. Und auch nicht, weil - so lange die Oligopolisten nicht "rechtlich zu dem fraglichen Verhalten verpflichtet" sind - das "Risiko, daß die anderen die sich bietenden Chancen ausnützen und die gemeinsame Linie verlassen", bestehen bleibt ¹⁶⁴⁾; denn da der Wettbewerb auch im Sinne der

157) KNÖPFLE, aaO. S. 246.

158) "Auch kann schwerlich davon ausgegangen werden, daß auf einem durch die oligopolistische Disziplin gekennzeichneten Markt der Wettbewerb gegenüber einem Markt beschränkt sei, der so heterogen ist, daß es an dieser Disziplin fehlt." KNÖPFLE, aaO. S. 303 Mitte.

159) KNÖPFLE, aaO. S. 307 ff.

160) KNÖPFLE, aaO. S. 311 ff.

161) KNÖPFLE, aaO. S. 303/304.

162) KNÖPFLE, aaO. S. 212.

163) "Haben die bisher erörterten Bestimmungen Wettbewerbsbeschränkungen durch bestimmte Handlungen zum Gegenstand, so knüpft § 22 an einen Zustand an, bei dem die Konkurrenz eingeschränkt ist. Im Gegensatz zu § 1 will nämlich § 22 den Wettbewerb nicht erhalten, ... sondern, wenn er einmal im wesentlichen entfallen ist, in gewissem Sinne durch staatlichen Eingriff 'ersetzen'; dies allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen und in beschränktem Umfang", KNÖPFLE, aaO. S. 332.

164) KNÖPFLE, aaO. S. 304 oben; übrigens dürfte dieses Risiko nicht größer sein als das Risiko, daß jemand aus einem Kartell ausbricht, da die Oligopolisten auf kartellmäßige Absprachen auch nach KNÖPFLE verzichten, weil es eben auch so geht: "Wovon man sich einen allgemeinen Vorteil ver-

KNÖPFLEschen Definition im wesentlichen beseitigt ist, entfallen auch seine vorteilhaften Auswirkungen. Sondern, weil KNÖPFLE sich durch den Wortlaut des § 22 zu dieser Konsequenz genötigt sieht. Eine kritische Auslegung dieser Vorschrift hat sich KNÖPFLE dadurch versperrt, daß er die ganze von ihm selbst als herrschend bezeichnete Wettbewerbslehre in Frage stellt ¹⁶⁵⁾, für die das unternehmerische Verhalten auf dem Markt entscheidendes Kriterium ist, nicht dessen wirtschaftlicher Erfolg.

Ein weiteres Bedenken, das sich gegen die Verallgemeinerung des KNÖPFLEschen Wettbewerbsbegriffs über den Bereich des § 1 GWB und damit zusammenhängender Vorschriften hinaus - zu denen § 22 nicht gehört - richtet, ist methodologischer Natur. KNÖPFLE bildet seinen funktionellen Wettbewerbsbegriff auf folgendem, für den ins Auge gefaßten Bereich überzeugendem Wege: Er geht vom Wettbewerbsschutz als Ziel des Gesetzes aus ¹⁶⁶⁾, fragt dann nach den Zielen, die mit dem Schutz des Wettbewerbs verfolgt werden ¹⁶⁷⁾ und findet diese in den nach der herrschenden Anschauung günstigen wirtschaftlichen Ergebnissen. ¹⁶⁷⁾ ¹⁶⁸⁾ Eine sich anschließende eingehende Untersuchung bestätigt zunächst diese herrschende Auffassung und zeigt, daß die erstrebten gesamtwirtschaftlichen Vorteile ihren Grund in den "Erfordernissen, Risiken und Chancen" haben, die sich aus der "Wahl- oder Ausweichmöglichkeit der Marktpartner" ergeben ¹⁶⁹⁾. Sodann fragt er, ob es nicht zufällig gerade diese drei Merkmale sind, die durch eine nach § 1 verbotene Beschränkung betroffen werden ¹⁷⁰⁾ und stellt fest, "daß der Angriffspunkt, gegen den sich die Kartelle gewöhnlich richten, identisch ist mit den Wirkungsfaktoren, auf denen die günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbs beruhen" ¹⁷¹⁾. Der letzte Schritt ist dann, den Wettbewerb durch diese Wirkungsfaktoren selbst zu definieren ¹⁷¹⁾. Damit erfüllt der Wettbewerbsbegriff vorbildlich seine Funktion, das zu umschreiben, gegen das sich die in § 1 verbotenen Beschränkungen richten.

Fortsetzung der Fußnote 164) von Seite 39:

spricht, dazu braucht man sich nicht zu verpflichten." Dieses "Risiko" hat bei KNÖPFLE also eine andere Qualität als die "Risiken" seiner Definition haben, welche durch Kartelle und durch Gruppenzusammenhalt eingeschränkt werden.

165) KNÖPFLE, aaO. S. 96 ff.

166) KNÖPFLE, aaO. S. 150 ff.

167) KNÖPFLE, aaO. S. 152 f.

168) vgl. auch KNÖPFLE, aaO. S. 153 oben.

169) KNÖPFLE, aaO. S. 212.

170) KNÖPFLE, aaO. S. 215 oben.

171) KNÖPFLE, aaO. S. 219 unten.

Im Bereich des § 22 wird nach KNÖPFLES Auffassung dagegen eine Beschränkung der genannten drei Wirkungsfaktoren hingenommen. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung taucht gar nicht auf. Statt dessen wird auf das Fehlen "wesentlichen Wettbewerbs" abgestellt. Soll damit das Ergebnis der "gewöhnlichen oligopolistischen Disziplin" gemeint sein? Dann paßt KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff nicht, weil der Wettbewerb im Sinne KNÖPFLES durch oligopolistische Disziplin allein nicht beschränkt wird¹⁷²⁾. Oder hat der Gesetzgeber an das darüber hinausgehende wettbewerbsbeschränkende Verhalten von Oligopolisten gedacht, das KNÖPFLE als "gleichförmiges Handeln zum Nachteil der Marktpartner" und als "Gruppenezusammenhalt" beschreibt? Dann würde KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff auf den ersten Blick auch hier zutreffen; der unwesentliche Rest an Wettbewerb wäre dann das "Risiko, daß die anderen die sich bietenden Chancen ausnützen und die gemeinsame Linie verlassen"¹⁷³⁾. Es wurde aber gezeigt, daß dieses "Risiko" nicht nur der Intensität, sondern bereits der Qualität nach etwas anderes ist als die "Risiken" der Wettbewerbsdefinition sind¹⁷³⁾. KNÖPFLE nimmt also für § 22 einen der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 analogen wettbewerbsbeschränkten Zustand an, bei dem Wettbewerb im Sinne seiner Definition völlig fehlt, während das Gesetz ein gewisses Quantum seiner Qualität "Wettbewerb" bestehen läßt.

Auch fragt sich, weshalb das Gesetz in § 22 nicht den in § 1 gebildeten Begriff der Wettbewerbsbeschränkung verwendet, wenn es den gleichen Zustand bezeichnen wollte. Statt dessen bemüht es sich auffällig um die Formulierung, daß "aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht". Dies läßt vermuten, daß es hiermit eben etwas sehr Spezielles umschreiben wollte.

Der Begriff des Wettbewerbs in § 22 hat nicht die Funktion, das Ziel verbotener Angriffe der Konkurrenten zu definieren. Allenfalls kann man von seiner Funktion, negative Eingriffsvoraussetzung neben dem weiteren Erfordernis des Mißbrauchs in Absatz 3 zu sein, sprechen. Jedenfalls ist er aber eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen. Die "Funktion", Tatbestandsmerkmal zu sein, ist aber nicht identisch mit der Funktion des Wettbewerbsbegriffs in § 1, zu umschreiben, wogegen sich die verbotenen Beschränkungen der Wirtschaftler einer Marktseite richten. Daher erscheint es zunächst einmal unwahrscheinlich, daß der für § 1 gebildete Wettbewerbsbegriff auch in § 22 zutrifft. Denkbar wäre zwar, daß der Wettbewerbsbegriff beiden unterschiedlichen Funktionen gerecht werden könnte. Um dies festzustellen, müßte aber der Wettbewerbsbegriff für seine Funktion als Tatbestandsmerkmal des § 22 neu aufgebaut werden. Tut man dies nicht, dann leugnet man den funktionellen Charakter des Begriffs und arbeitet im Be-

172) vgl. S. 39, F. 158.

173) siehe S. 39, F. 164.

reiche des § 22 mit einem "allgemeinen" Begriff, mag dieser auch in einem bestimmten anderen Zusammenhang funktioneller Natur sein.

KNÖPFLE übernimmt seinen Wettbewerbsbegriff also zu Unrecht kurzerhand auch in den § 22. Die Begründung, "daß § 22 ein ähnliches gesamtwirtschaftliches Ziel verfolgt wie § 1" ¹⁷⁴⁾, überzeugt nicht. Sicherlich ist davon auszugehen, daß auch § 22 gesamtwirtschaftliche Vorteile erstrebt, dies aber - jedenfalls nach KNÖPFLE' - gerade nicht mit dem Mittel des Wettbewerbs im Sinne der "Erfordernisse, Risiken und Chancen" der Anbieter, auf die ja verzichtet werden soll. Die Tatsache, daß auch hier gesamtwirtschaftliche Ziele erstrebt werden, ist also im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsbegriff irrelevant. Sie könnte erst beim Mißbrauchsbegriff Bedeutung erlangen bei der Beantwortung der Frage, wann das - über die Wettbewerbsbeschränkung hinausgehende - Verhalten der Unternehmen den "kritischen Interventionsgrad" ¹⁷⁵⁾ erreicht hat.

Die Beantwortung der Frage, ob KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff über § 1 und die damit zusammenhängenden Vorschriften hinaus auch auf § 22 übertragen werden kann, hängt von einer Untersuchung ab, die Gegenstand dieser Arbeit ist. In ihr wird ferner ein Wettbewerbsbegriff gesucht werden müssen, der die Erkenntnis, daß der Wettbewerbsprozeß das Vorkommen unterschiedlicher Angebote voraussetzt, nicht nur mittelbar durch die Begriffe "Erfordernisse, Risiken und Chancen", sondern direkt zum Ausdruck bringt. ¹⁷⁶⁾

174) KNÖPFLE, aaO. S. 332 Mitte.

175) KNÖPFLE, aaO. S. 324 oben.

176) Auch KNÖPFLE geht letztlich von der Notwendigkeit unterschiedlicher Angebote, irgendwann im Zeitablauf, aus: "Die Risiken hängen indessen nicht nur von den Auswirkungen einer von einem Konkurrenten vollzogenen (!) Preissenkung ab, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit (!) einer solchen. Es liegt auf der Hand, daß die Risiken wesentlich höher sind, wenn Preissenkungen der Mitbewerber keinen seltenen Ausnahmefall (!) bilden, sondern naheliegen. Was ferner die Chancen anbetrifft, so werden sie weitgehend dadurch bestimmt, wie sich die Konkurrenten bei einer Preissenkung (!) verhalten."; aaO. S. 245/246.

4. Versuch einer eigenen Definition; ein Beispiel dazu

Keiner der besprochenen Wettbewerbsbegriffe kann voll befriedigen, da keiner aus sich selbst heraus verständlich ist, sondern zur Klärung seines Inhalts einer weiteren Auslegung bedarf, die oft zu Mißverständnissen führt.

Die Auslegung hat ergeben, daß die meisten Autoren - Ausnahmen: HAERRY, der gar kein Handeln und KNÖPFLE, der, dem Zweck seines Wettbewerbsbegriffes entsprechend, jedenfalls kein Handeln auf dem Markt verlangt - Handlungen voraussetzen, in denen die bestehende Rivalität auf den Markt getragen wird. Die Rivalität kann und braucht sich aber nicht ständig in aktivem Tun, im Anbieten günstigerer Geschäftsbedingungen auszudrücken; sie kann auch in Unterlassungen zum Ausdruck kommen, sofern nur ein genügend enger Zusammenhang mit aktiven Wettbewerbshandlungen besteht, mit anderen Worten, dem Unterlassen "in bestimmter naher Zukunft" wieder eine Aktion folgt.

Als entscheidendes Kriterium von der Marktgegenseite her gesehen wurde das Bestehen von Alternativen erkannt. Entsprechend der Feststellung, daß sich die Rivalität nicht immer in aktivem Marktverhalten auszudrücken braucht, setzt eine Alternative keine ständig unterschiedlichen Möglichkeiten voraus. Da aber eine "Wahl" zwischen den Angeboten nur stattfindet, wenn die Käufer Unterschiede erwarten - mit den Worten ABBOTTS: wenn Alternativen "sich womöglich als besser erweisen könnten" ¹⁷⁷⁾ - müssen sich immer wieder und so häufig günstigere Möglichkeiten auf dem Markte bieten, daß diese für die Käufer zu einer lebendigen Erfahrung werden. Die so verstandenen Alternativen sind somit die Folge des rivalisierenden Marktverhaltens der Anbieter.

Will man eine Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbs wagen, so könnte man die hier ermittelten Erfordernisse etwa wie folgt formulieren:

Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das durch Handlungen und Unterlassungen auf dem Markt betätigte Streben von zwei oder mehr Rivalen nach dem gleichen Ziel, nämlich den eigenen auf Gewinn gerichteten Leistungsaustausch zu fördern, wobei die Handlungen grundsätzlich in dem Inaussichtstellen günstigerer Geschäftsbedingungen bestehen und sich zu den Unterlassungen so verhalten müssen, daß sie diesen jeweils in bestimmter und genügend naher Zukunft folgen, um von den Marktpartnern noch als konkrete Möglichkeit bei jedem Leistungsaustausch in Rechnung gestellt zu werden.

¹⁷⁷⁾ ABBOTT, Qualität, S. 127 und oben A. II. 3. c (S. 31).

Der erste Halbsatz entspricht im wesentlichen der Definition MEYER-CORDINGS. Wenn bei diesem das Verhalten, hier aber das Streben in den Vordergrund gestellt ist, dann begründet dies sachlich keinen Unterschied, da das Streben durch "Handlungen und Unterlassungen" näher bestimmt wird. Mit den Worten "auf dem Markt" soll die Gefahr vermieden werden, daß auch eine Rivalität, die nur zu internen Maßnahmen führt, zum "Bereitlegen der geschärften Waffe des Wettbewerbs" (Reisser) für den Fall des Ausbruchs eines Kampfes, zum Wettbewerb gerechnet wird. Daß der "eigene" Leistungsaustausch gefördert werden soll und nicht der gemeinsame einer etwa gebildeten Gruppe, versteht sich zwar nicht angesichts des Merkmals "Streben"¹⁷⁸⁾, aber doch wegen des Merkmals "Rivalen" von selbst. Es ist jedoch zur Klarstellung etwaiger Zweifel bewußt eingefügt worden. Dadurch wird MEYER-CORDINGS Streben "um die Wette" überflüssig. Bei den "günstigeren Geschäftsbedingungen" fehlt das Vergleichsobjekt. Sie können somit zu den bisherigen allgemeinen Marktbedingungen in Beziehung gesetzt werden und bezeichnen so etwa eine Unterbietung des allgemeinen Marktpreises (auslösende Aktion im Sinne REISSERS); sie können aber auch mit den bisherigen eigenen Bedingungen verglichen werden und treffen dann das "Mithalten"¹ mit einem aktiven Konkurrenten (Reaktion im Sinne REISSERS). Damit enthält die Definition das Erfordernis von Aktion und Reaktion in gewisser zeitlicher Folge, auf das auch REISSER Wert legt¹⁷⁹⁾. Zweideutig ist die Verwendung des Begriffes der Marktpartner. Er kann sowohl nur die Mitglieder der Marktgegenseite meinen, als auch beide Marktseiten in ihrem Verhältnis zueinander. Das schadet nicht, da in jedem Fall zumindest auch die Partner auf der gegenüberliegenden Marktseite gemeint sind, auf die es ankommt. Soweit man zugleich auch die Konkurrenten darunter versteht, wird durch diese Formulierung darüber hinaus nochmals deren Unabhängigkeit und Ungewißheit über das Marktverhalten ihrer Mitbewerber, d. h.: ihre Rivalität, deutlich.

Blickt man nun zurück auf die Definitionen des allgemeinen soziologischen Wettbewerbsphänomens durch v. WIESE und ABBOTT, so ergibt sich, daß deren Merkmale sämtlich in ihr enthalten sind¹⁸⁰⁾. Den mehreren ein gleiches Ziel anstrebenden Einzelwesen entsprechen die zwei oder mehr, auf dem Markt nach Förderung ihres eigenen Leistungsaustausches strebenden Rivalen. Die gegenwärtigen Einflüsse, die aus der Gleichheit des Strebens hervorgehen, finden ihren Ausdruck in dem immer wieder vorkommenden Inaussichtstellen günstiger Geschäftsbedingungen, mit denen die Rivalen zu gleichen Anstrengungen gezwungen werden. Die von gemeinsamen Wertvorstellungen getragenen Spiel-

178) so KNÖPFLE gegen FIKENTSCHER, WuW 62, 163 F. 8.

179) vgl. REISSER, Preiswettbewerb, S. 53 u. 82 f.

180) vgl. oben A. II. 3. b (S. 21 f.).

regeln sind - wie in allen Definitionen - stillschweigend zugrundegelegt. Zudem wird durch das Erfordernis des Inaussichtstellens wirklich günstigerer Bedingungen das Wettbewerbshandeln auf lautere Verhaltensweisen beschränkt ¹⁸¹⁾. Durch das alleinige Ziel des Leistungsaustausches werden Wettbewerbshandlungen zu Vernichtungszwecken ausgeschaltet. Und als Kampfrichter bzw. richtender Mechanismus, beides im Sinne ABBOTTS, sind die Marktpartner der Konkurrenten in ihrer wählenden Funktion ¹⁸²⁾ in die Definition aufgenommen worden.

Dieser Wettbewerbsbegriff soll im folgenden zugrundegelegt werden. Er versucht den Wettbewerb zu umschreiben, von dem auch der Gesetzgeber (nach seinen Äußerungen zu urteilen) ausgegangen ist und den er voraussetzt.

Ein Beispiel zu diesem Wettbewerbsbegriff:

Aus Kreisen etwa der chemischen Industrie wird öfters geltend gemacht, daß man die Notwendigkeit, einem von der Konkurrenz neu herausgebrachten Artikel oder einem veränderten alten etwas Gleichartiges an die Seite zu stellen oder aber seinerseits solche Initiativen zu ergreifen, als intensivsten Wettbewerb empfinde. Demgegenüber trete der Wettbewerb mit dem Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen in seiner Bedeutung zurück. Die Wettbewerbsanstrengungen seien also weniger auf das gegenwärtig angebotene Produkt als auf die technischen Möglichkeiten der Zukunft gerichtet. ¹⁸³⁾

Es ist die gleiche Beobachtung, die BARTHOLOMEYCZIK schon vor Jahren im Anschluß an RÖPER besonders hervorgehoben und wie folgt erklärt hat: "Die Zugehörigkeit zum Oligopol bietet dem einzelnen Unternehmen zwar den Vorteil einer Gesamtmonopolstellung gegenüber der anderen Marktseite; sie bringt aber den Nachteil, auf die Marktbedingungen der anderen Oligopolunternehmen Rücksicht nehmen zu müssen, und eine immerwährende Spannung zwischen Oligopolfrieden und Monopolmachtkampf mit sich. Wird diese Abhängigkeit zu stark, so versuchen die einzelnen Unternehmen, den Gegenstand ihrer Erzeugung so zu verbessern, schließlich zu verändern, daß er einen besonderen, wachsenden Interessentenkreis findet. Wesentliche Verbesserung schafft allmählich wesentlichen Wettbewerb. Der neue Wettbewerber gehört noch zum Oligopol,

181) nur der sachliche und wahre Hinweis auf die eigene Leistung zählt; dabei soll das schwierige Problem der vergleichenden Werbung ausgeklammert bleiben.

182) die oben A. II. 3. c (S. 32 f.) sowohl für Märkte oligopol. als auch vollst. Konk. als bestehend erkannt wurde.

183) Diskussionsbeitrag anlässlich eines Vortrages von Prof. RÖPER über "Neuere Entwicklungen der Oligopoltheorie" am 3. Dezember 1963 vor dem Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb in Köln.

Aber sein Verhältnis zu den übrigen Oligopolunternehmen ist nicht mehr das des marktbeherrschenden Oligopols. Er selbst hat keine beherrschende Marktmacht mehr." 184)

Das günstigere Angebot in Gestalt des verbesserten Artikels erfüllt die oben gegebene Wettbewerbsdefinition, sobald die Verbesserung von der Allgemeinheit der in Frage kommenden Käufer auf dem Markt als solche erkannt ist. Verbesserungen, die nur einzelnen erkennbar sind, erfüllen die Voraussetzungen einer Wettbewerbshandlung nicht, da sie nicht die Gesamtheit des bisherigen Marktes betreffen. Für den repräsentativen Teil des Marktes bleibt es bei den bisherigen Bedingungen und somit bleibt es bei dem bisherigen unwesentlichen Wettbewerb.

Ob vor oder nach der Verbesserung Wettbewerb herrscht, beurteilt sich danach, ob die Kunden zu diesen Zeitpunkten aufgrund ihrer Erfahrungen in der Vergangenheit mit einem günstigeren Angebot als konkreter Möglichkeit rechnen. Das wird nicht der Fall sein, wenn günstigere Preise so gut wie nie, Verbesserungen des Artikels relativ selten vorkommen. Je vollkommener und homogener das Gut ist, desto seltener können Verbesserungen bei ihm erwartet werden. Die Günstigkeit des Angebotes beurteilt sich dann überwiegend nach den sonstigen Geschäftsbedingungen. Ist der Preis auf das Wettbewerbsniveau gedrückt, so scheidet auch er zunehmend als Maßstab aus, und es kommt auf die Nebenelemente des Wettbewerbs an, soweit diese ihrer Art nach überhaupt als Wertmesser eines Angebotes in Betracht kommen.

5. "Workable" oder "effective competition"

- a) Definition durch die ökonomischen Folgen: rein wirtschaftspolitischer Begriff

Im Anschluß an die Betrachtung der wichtigsten Umschreibungen des Wettbewerbs und dem Versuch einer eigenen Definition soll diese nun noch an einer Institution gemessen werden, von der der Gesetzgeber an einer Stelle selbst sagt, daß er bei dem von ihm vorgestellten Wettbewerb etwa an sie gedacht habe 185).

"Workable" oder "effective competition" bedeutet "arbeitsfähigen" oder "wirksamen" Wettbewerb 186). Diese Begriffe sind seit CLARCS vielbeachtetem Aufsatz im Jahre 1940 187) fester Bestandteil der modernen amerikanischen

184) BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., § 22, 1. Aufl., Anm. 71, 2. Aufl., Anm. 72.

185) oben A.II.2. (S. 17).

186) vgl. etwa ABBOTT, Qualität, S. 114.

187) AER, Vol. XXX, June 1940, No. 2, S. 241-256.

Wirtschaftstheorie. CLARK hatte als Ziel der amerikanischen Wirtschaftspolitik die Aufrechterhaltung und Förderung eines auf Märkten unvollständiger Konkurrenz noch möglichen, wirksamen Wettbewerbs vorgeschlagen.

Ausgangspunkt war die These, daß die unvollständige Konkurrenz entweder "zu heftig" oder "zu schwach" sei, und daß deswegen ein Mittelweg zwischen beiden Extremen zu finden sei ¹⁸⁸⁾, der sich in Preisen ausdrückt, die "somewhere between the levels of pure competition and monopoly" oder "something intermediate between pure oligopoly and the ruinously low prices likely to result from unlimited market chaos" ¹⁸⁹⁾ liegen.

Zehn Jahre später präziserte BAIN den Begriff der "workable competition" von ihrem Ziel her wie folgt:

Der Wettbewerb ist wirksam, wenn die Wirtschaftlichkeit der Produktion sich in vernünftigen Grenzen dem Bestmöglichen nähert, wenn die Produktionsmenge der Unternehmen in ihrer Gesamtheit eine Höhe nicht wesentlich unter- oder überschreitet, die grundsätzlich eine gute Verteilung der Wirtschaftsmittel gewährleistet, wenn kein übermäßiger Anteil der Mittel den Verkaufsanstrengungen gewidmet ist, wenn der Einkommensteil, der in den Gewinn eingeht, nicht wesentlich höher als nötig, aber doch so hoch wie nötig ist, um Investitionen zu entlohnen und gesellschaftlich wünschenswerte Neuerungen zu veranlassen, wenn Gelegenheiten zu solchen Innovationen nicht gröblich vernachlässigt werden und wenn sich die Preise zu zyklischen Schwankungen so verhalten, daß sie das zyklische Problem nicht deutlich verschärfen ¹⁹⁰⁾.

Demgegenüber sind einige allgemeine Anzeichen von "nonworkable competition":

Eine Gewinnrate, die auf sehr lange Zeit hinaus im Durchschnitt klar über einer eingespielten normalen Rendite des Kapitals liegt (oder sie nachhaltig unterschreitet, obwohl dieser Fall im Oligopol unwahrscheinlich ist); ein erhebliches Abweichen der Größe vieler Unternehmen von dem Bereich der optimalen Größen, beträchtliche dauernde Überschußkapazität, die nicht gerechtfertigt ist durch wiederkehrende Nachfrageschwankungen oder als angemessene Reservekapazität; Verkaufskosten, die einen bestimmten Anteil der Gesamtkosten überschreiten; ständig verzögertes Aufgreifen von kostensenkenden technischen Neuerungen oder dauerndes Unterdrücken von Produktänderungen, die für die Abnehmer von Vorteil wären ¹⁹¹⁾.

188) CLARK, aaO. S. 243.

189) CLARK, aaO. S. 253.

190) BAIN, AER, Vol. XL, May 1950, No. 2, S. 36/37.

191) BAIN, aaO. S. 37.

Die Definition vermeidet bewußt die Aufstellung einer Liste erwünschter oder unerwünschter Verhaltensweisen, da hierfür eindeutige und allgemeingültige Maßstäbe nicht zu finden seien¹⁹²⁾. Sie hält sich stattdessen an objektiv feststellbare wirtschaftliche Folgen¹⁹³⁾, die mit den aufgestellten standards verglichen und als eindeutig "workable", eindeutig "unworkable" oder als Grenzfälle eingestuft werden können¹⁹⁴⁾.

Das Wesen der "workable competition" könnte man als unvollkommene Unvollkommenheit des Wettbewerbs bezeichnen, wenn man als Idealfall unvollkommenen Wettbewerbs das Kollektivmonopol der Oligopolisten betrachtet. Die Bedingungen der "workability" haben dann den Charakter von Störungsfaktoren, welche die Verwirklichung dieses Idealfalles mehr oder weniger wirksam hindern, die aber doch nicht stark genug sind, das gegenteilige Ergebnis, nämlich "chaotische Marktverhältnisse", zu bewirken¹⁹⁵⁾.

Störungsfaktoren sind letztlich immer Verhaltensweisen, auch wenn diese ihrerseits wieder auf die gegebene Marktstruktur (z.B. gute Zugänglichkeit des Marktes, verhältnismäßig viele Oligopolisten) zurückgehen. Und von all diesen vielfältigen Verhaltensweisen interessiert hier wieder nur die Gestaltung des Angebotes, der Geschäftsbedingungen im weiteren Sinne. In sie münden am Ende alle anderen Störungsfaktoren und daraus folgende Verhaltensweisen ein.

Nach dem Konzept der "workable competition" beurteilt sich die "workability" eines Marktangebotes¹⁹⁶⁾ allein nach seinem Inhalt, nach Höhe und Beweg-

192) BAIN, aaO. S. 37: "Unfortunately, economic theory to-day does not supply precise, meaningful, and unquestioned norms for all of the essential dimensions of behavior".

193) hauptsächlich in vier Richtungen: Grad monopol. Prod.-Einschränkung, Gewinne, Verkaufskosten, Niveau der langfristigen durchschnittlichen Produktionskosten; BAIN, S. 39.

194) vgl. auch CHRISTL, BB 60, 298 F. 9: Wirksamer W. ist die "Summe der aus dem Einsatz verschiedener Wettbewerbsmittel resultierenden Wirkungen . . . , die im Prinzip den Ausgleich zwischen Angebot u. Nachfrage (Preisbildung) herstellen".

195) BAIN, aaO. S. 36: "... given the imperfection imposed by fewness of sellers, some additional remedial imperfection is needed as an antidote to the first in order to preserve workable competition."

196) Nicht nur das wirtschaftliche Geschehen als ganzes, sondern auch das einzelne Marktergebnis unterliegt dieser Beurteilung; vgl. BAIN, aaO. S. 37/38: "A market could be considered a case of unworkable competition if it had an extremely (!) bad rating in any (!) direction or moderately bad or suspicious ratings in several."

lichkeit des Preises etwa, und seiner danach bemessenen Eignung, die erstrebten gesamtwirtschaftlichen Ergebnisse (Wirtschaftlichkeit der Produktion, optimale Lenkung der Wirtschaftsmittel, Wirtschaftlichkeit des Verkaufs (Werbung!), bestmögliche Versorgung der Abnehmer, Neutralität gegenüber zyklischen Schwankungen) zu bewirken. Daraus folgt, daß die Art seines Zustandekommens - sei es durch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, sei es durch begrenztes heimliches Preisunterbieten - keine Rolle spielen kann.

Der Begriff der "workable competition" ist somit ein rein wirtschaftspolitischer Begriff, der auf das Marktergebnis abstellt und unterscheidet sich darin von den sonstigen Wettbewerbsdefinitionen, die das Marktverhalten der Unternehmen zu beschreiben versuchen. Er ist deshalb untauglich als Maßstab des Marktverhaltens und als Verhaltensnorm für die Marktteilnehmer.

Die Bezeichnung "competition" verwischt diese Unterscheidung. Sie bringt in die Definition des Marktergebnisses die Beschreibung eines Verhaltens, die strenggenommen dort nicht hineingehört. Immerhin ist sie als Hinweis auf die Grundlage der ganzen Konzeption der "workable competition" von Bedeutung, die ja darauf beruht, daß auf oligopolistischen Märkten (beschränkt) kompetitive Verhaltensweisen möglich sind und regelmäßig auch beobachtet werden. Soll aber das Marktverhalten der Oligopolisten an dem hier vertretenen Wettbewerbsbegriff gemessen werden, dann kommt es allein auf diese Handlungen und nicht auf ihre "workability" an. Erfüllen sie den Wettbewerbsbegriff, dann steht damit allerdings in der Regel die "workability" des Ergebnisses fest.

b) Heimliche und geduldete offene Preisunterbietungen im Oligopol

Im praktischen Wirtschaftsleben sind kaum Verhältnisse zu erwarten, die es nicht gestatten würden, von einem allseits als verbindlich erachteten Verhaltensmuster abzuweichen. Das gilt auch für die Preisgestaltung, obwohl hier eine Durchbrechung der im gemeinsamen Interesse aller Gruppenmitglieder beobachteten Selbstbeschränkung am schwierigsten verborgen werden kann. Nach CLARK gilt dies sogar bei einem Markt mit standardisiertem Gut und vollständig offenliegenden Preisen¹⁹⁷⁾. Entscheidend ist, daß eine gewisse Unsicherheit besteht, ob ein Preisnachlaß von den anderen Anbietern beantwortet wird oder nicht¹⁹⁸⁾.

Sie kann ihre Ursache in vielen Gründen haben, z.B. in der Möglichkeit, daß die Preissenkung verborgen bleibt, daß sie eine allgemein angezeigte Preissenkung nur vorwegnimmt, daß sie für die anderen nicht fühlbar wird (bei unvoll-

197) CLARK, aaO. S. 253.

198) CLARK, aaO. S. 249: "effective competition requires some uncertainty, whether a reduction in price will be met or not".

ständiger Beweglichkeit der Nachfrage) oder daß es sich um einen Ausnahmefall handelt, der von den anderen anerkannt wird. Wo die Umstände so liegen, wird es zu Preissenkungen oder Preisnachlässen kommen. Triebfeder hierzu wird immer das egoistische Streben des einzelnen Unternehmers nach der Maximierung seiner eigenen Ziele sein, das sich natürlicherweise überall dort auswirkt, wo es nicht durch den Zwang zur Gruppensolidarität in Schach gehalten wird.

CLARK bringt einige Beispielsfälle kompetitiver Preispolitik im Oligopol, die er vor allem nach der Art des Produktes und dem Grad der Marktinformation unterteilt ¹⁹⁹⁾.

1. Ein standardisiertes Produkt wird auf einem unübersichtlichen Markt verkauft, auf dem unterschiedliche Preise möglich sind. Jeder Verkauf kann zum Gegenstand besonderer Vereinbarungen werden, so daß die einzelnen Anbieter die Möglichkeit haben, durch entsprechende Preisgestaltung ihr Verkaufsvolumen auszuweiten, bevor ihr Preisgebar von den Konkurrenten entdeckt und beantwortet wird. Auf diese Weise entsteht die Tendenz gedrückter Preise ²⁰⁰⁾.

Offenliegende Preise auf einem solchen Markt wirken dieser Tendenz entgegen ²⁰¹⁾, da Preissenkungen fast sofort beantwortet werden und keiner mehr hoffen kann, in der Zwischenzeit einen Vorsprung zu erzielen.

Die Gegenwirkung offenliegender Preise ist indessen beschränkt. Preissenkungen können von den Konkurrenten nicht beliebig ausgeglichen werden. Die Grenze ist erreicht, wo der Preis die Kosten unterschreitet ²⁰²⁾. Einen langfristigen Unterkostenpreis wird sich kein Unternehmen leisten können und wollen. Daher wird es zu einer Verbesserung der "Vereinbarungen" i. w. S. kommen und zu erhöhten Anstrengungen, Kostenvorteile zu erringen. Früher oder später wird dann der Prozeß des "nibbling" erneut beginnen.

Trotz of enliegender Preise ist es möglich, daß sich einzelne Unternehmen durch Preissenkungen einige umfangreiche Aufträge für die Zukunft oder zumindest ein gewisses Maß an wertvollem good-will sichern können, wenn ihre Preisherabsetzung eine anstehende allgemeine Preissenkung einleitet. Ein solches Verhalten wird oft nicht als Durchbrechung des allgemein gehandhabten Preisgebarens angesehen und daher unbeantwortet bleiben. ²⁰³⁾ Das kann die Unter-

199) CLARK, aaO. S. 251 ff.

200) Nach CLARK, aaO. S. 252: "tendency to drive prices below costs".

201) vgl. CLARK, aaO. S. 252: "nibbling process ... may be mitigated by intermittent attempts to introduce more open and uniform prices".

202) vgl. CLARK, aaO. S. 252: "Here a reduction is sure to be met almost instantaneously, so long as (!) price is above marginal cost".

203) CLARK, aaO. S. 252.

nehmen dazu ermuntern, auf die Schaffung derartiger günstiger Anlässe hinzuwirken (etwa durch Verbreitung neuer kostensparender Methoden oder durch Erschließung neuer Abnehmerkreise) oder sich bietende Gelegenheiten zu ergreifen und zu versuchen, einander zuvorkommen,

Steigerung der Preise für Arbeitskraft und Rohstoffe braucht nicht zu entsprechen, im Gruppeninteresse liegenden Erhöhungen der Verkaufspreise zu führen, wenn einzelne Unternehmen, die sich von einem Festhalten am bisherigen Preis mehr versprechen, sich taub stellen gegenüber Anregungen zur Erhöhung der Preise²⁰⁴⁾. Solches zweckgerichtete Unterlassen kann nicht anders beurteilt werden als ein aktives Verhalten. Es kann vielleicht eher erwartet werden als dieses, da es weniger leicht als Störung eines allgemein anerkannten Preisniveaus erkannt werden dürfte. Auch wenn die Konkurrenten dadurch an eigenen Preiserhöhungen gehindert werden und ein sonstiger Vorteil nicht besteht, kann ein Anreiz für dieses Verhalten sein, sich einen good-will zu erhalten oder zu schaffen.

Es gibt Fälle, in denen von dem gemeinsam gewählten Preisniveau aus besonderen Gründen abgewichen werden kann. Solche Gründe können vor allem in der Besonderheit des Verhältnisses zu einem ganz bestimmten Abnehmer liegen. Ein Grund kann die relative Größe des Abnehmers sein²⁰⁵⁾. Andere Gründe können in einer außergewöhnlich gearteten Zusammenarbeit zwischen Anbieter und Abnehmer, in personeller oder kapitalmäßiger Verflechtung, in der Tradition u. a. m., liegen. Es können Gründe sein, die das eigene Verhältnis eines einzelnen Unternehmens oder mehrerer einzelner Unternehmen zu den entsprechenden Abnehmern betreffen, aber auch solche, die das Gruppeninteresse berühren; wenn beispielsweise höhere Preise der Anbieter führende Unternehmen auf der Abnehmerseite zum Ausweichen auf andere Einsatzgüter veranlassen können, und eine solche Umstellung nach und nach einen wesentlichen Teil der Abnehmerseite ergreifen muß.

Solche Durchbrechungen der allgemeinen Preispolitik auf dem Markt werden im allgemeinen anerkannt, auch wenn sie die gesamte Preisstruktur herabdrücken, möglicherweise sogar bis auf das Niveau der Grenzkosten²⁰⁶⁾. Es kann erwartet werden, daß sich Unternehmen nach Möglichkeit immer durch Herausstellung solcher besonderer Fälle Gelegenheit zu einem wenigstens teilweise unabhängigen Preisverhalten schaffen werden.

2. Ein Sonderfall des soeben behandelten Marktes liegt vor, wenn ein standardisiertes Gut von räumlich getrennten Anbietern zu einheitlichen Werksprei-

204) CLARK, aaO. S. 253.

205) CLARK, aaO. S. 254.

206) CLARK, aaO. S. 254: "Special departures ... are ... likely to be made ... without full recognition of their ultimate effects in dragging the whole price-structure downward".

sen verkauft wird. Auf Grund der räumlichen Verteilung der Nachfrage sind die individuellen Nachfragekurven geneigt. Selbst bei unterschiedlichen Grenzkosten der Produzenten und einem entsprechenden Spielraum für aktive Preiskonkurrenz, kann sich solche nur in den räumlichen Bereichen auswirken, in denen sich die Verkaufsgebiete einzelner Anbieter überschneiden. 207) Dieser Fall berührt die Abgrenzung des Oligopolmarktes. Nur in dem Grenzbereich ist die Nachfrage für die Unternehmen "fühlbar beweglich" und befinden sich diese daher im Oligopol 208).

Gehört zu den anerkannten Verhaltensweisen der Anbieter ein begrenztes Maß an Frachtausgleich, wird dadurch nicht nur der Grenzbereich ausgeweitet, sondern die vergrößerte Unübersichtlichkeit der Preisgebarung läßt erheblichen Raum für heimliches Preisunterbieten 209).

3. Markenartikel ("quality products") lassen Preisunterbietung je nach ihrer Bevorzugung, die sie auf dem Markt genießen, in mehr oder weniger großem Maße zu 210). Die Ungewißheit über den Grad der Beweglichkeit der Nachfrage zwischen einzelnen Unternehmen macht Preisunterbietungen möglich, die für ein Unternehmen vorteilhaft sind, ohne sogleich oder überhaupt als Abweichung von einem gegenseitig stillschweigend gewährten Preisspielraum erkannt zu werden. Der Erfolg ist, daß eine solche Preissenkung in einzelnen Verkaufsfällen unbeantwortet bleiben kann. Die langfristige Tendenz einer solchen Preispolitik ist auf Senkung des gesamten Preisniveaus gerichtet. 211)

Nach der Auffassung von CLARK, die einen sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit für sich hat, ist anzunehmen, daß "in most cases some degree of irregular pricing is chronic, and that there are hardly any in which occasional fits of it do not occur" 212). Das macht diese Art von Preisbildung interessant für die wirtschaftspolitische Behandlung oligopolistischer Märkte. Die Möglichkeit und das tatsächliche Vorkommen fortwährender Durchbrechungen der Preisdisziplin durch mehr oder weniger heimliches Unterbieten rechtfertigen es, solche Verhaltensweisen nicht nur zu fördern, sondern auch zu erzwingen.

207) CLARK, aaO. S. 255.

208) vgl. oben Einleitung S. 1 F. 5.

209) CLARK, aaO. S. 255/56.

210) CLARK, aaO. S. 256.

211) Das meint offenbar auch CLARK, wenn er - aaO. S. 256 - von solchen Märkten - nicht zu steil geneigte Nachfragekurven vorausgesetzt - sagt: "It seems that some of the healthiest cases of workable competition in large-scale industry are of this type".

212) CLARK, aaO. S. 253.

c) Wettbewerbsbegriff und die Unterbietungshandlungen der "workable competition"

Der hier vertretene Wettbewerbsbegriff stellt kein starres Verhaltensschema auf. Irgendwo gibt es daher zwischen den Extremen möglichen Marktverhaltens einen Bereich, innerhalb dessen der Wettbewerb umschlägt in ein Verhalten, das den Erfordernissen eines wesentlichen Wettbewerbs im Sinne des Gesetzes, einem Wettbewerb also im Sinne der Definition wie sie hier gegeben wurde, nicht mehr entspricht.

So wie CLARK den Prozeß des Unterbietens schildert, als gleichsam chronische Durchbrechung der Preisdisziplin infolge der Unvollkommenheit der Marktbedingungen und des egoistischen Triebs der einzelnen, sie zu ihrem Vorteil auszunutzen, darf davon ausgegangen werden, daß die Marktpartner beim Einzelvertrags-schluß unter Umständen damit rechnen dürfen, in den Genuß solchermaßen gebil-deter Preise zu kommen oder die Vertragsbedingungen individuell aushandeln zu können. Zu dieser Auffassung können sie durch eigene oder bekanntgewordene fremde Erfahrungen bei früheren Vertragsschlüssen oder durch Beobachtung der Preisbewegungen auf dem Markt gekommen sein.

Ebenso wenig wie auf Märkten vollständiger oder auf Märkten offener oligopoli-stischer Konkurrenz ²¹³⁾, kann selbstverständlich auch hier bei den mehr oder weniger heimlichen Unterbietungen verlangt werden, daß die Aktionen der Unter-nehmen sich in schneller Folge ablösen. Allerdings werden strengere Maßstäbe anzulegen sein auf Märkten mit einem Preisniveau, das noch eindeutig über dem des entsprechenden Wettbewerbsmarktes liegt. Leistungsverbesserungen sind auf diesem höheren Niveau leichter und schneller möglich als auf dem kompetitiven Niveau, bei dem bereits alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind und neue erst er-schlossen werden müssen. Diese Überlegungen berühren das Merkmal der "be-stimmten und genügend nahen Zukunft", in welcher Wettbewerbshandlungen einander zu folgen haben. ²¹⁴⁾

Als Beispiel eines Wettbewerbshandelns - immer vorausgesetzt, daß es sich nicht um eine isolierte Aktion handelt - ist bei CLARK der Fall zu werten, daß Unter-nehmen Kostensteigerungen nicht zum Anlaß zu einer Preissteigerung nehmen. Dies entspricht wirtschaftlich einer Preissenkung. Die Definition des Wettbewerbs erlaubt es, diesen Fall als Inaussichtstellen günstigerer Geschäftsbedingungen - im Vergleich mit den bisherigen eigenen und den auf dem Markt allgemein geltenden - anzusehen.

213) oben A.II.3.b (S. 30 f.).

214) vgl. Definition oben A.II.4. (S. 43).

Es ergibt sich, daß das mehr oder weniger heimliche Unterbieten auf oligopolistischen Märkten dem Wettbewerbsbegriff entspricht, falls es in genügender Intensität stattfindet.

III. WETTBEWERBSSCHUTZ UND BETÄTIGUNGSSCHUTZ

1. Wettbewerbsschutz = Freiheitsschutz

Die bisherigen Überlegungen hatten zum Ziel, den wirtschaftlichen Wettbewerb als soziologisches Phänomen zu erfassen. Es sollte gezeigt werden, in welcher Weise und in welcher Funktion die einzelnen Marktbeteiligten zu diesem Prozeß beitragen; die Anbieter durch Wettbewerbshandlungen, die Abnehmer durch Wahlhandlungen.

Von diesen Handlungen wird der Wettbewerbsprozeß getragen. Der Begriff des Wettbewerbs ist nichts anderes als die schlagwortartige Bezeichnung dieser Handlungen und Verhaltensweisen der am Geschehensablauf beteiligten Personen. Der Geschehensablauf als solcher kann nicht aufrechterhalten oder gefördert werden, ohne daß die ihn tragenden Verhaltensweisen ermöglicht und notfalls erzwungen werden.

Das hat deutlich BIEDENKOPF ausgesprochen: "Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als eines bestimmt gearteten Marktprozesses wäre als solche auch gar keine brauchbare Zielsetzung" ²¹⁵⁾; aber auch etwa LUKES, wenn er meint: Vor Beschränkungen des Wettbewerbs könnten begrifflich nur Personen - eben alle am Wettbewerb als Geschehensablauf beteiligten Personen - geschützt werden ²¹⁶⁾; ihre wirtschaftliche Betätigung sei das durch § 1 geschützte Rechtsgut; ²¹⁷⁾ "bereits durch die Sicherung der freien wirtschaftlichen Betätigung der einzelnen Wettbewerber wäre auch der Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft gesichert" ²¹⁸⁾. Diese Konsequenz ist auch für NIPPERDEY eine Selbstverständlichkeit. Er weist an Hand der einzelnen Grundrechte nach, daß das Grundgesetz "eine formell und materiell verfassungsmäßige Entscheidung für die soziale Marktwirtschaft" enthalte, da die Entscheidung alle wesentlichen Elemente dieser Wirtschaftsordnung enthalte ²¹⁹⁾. Zu ihnen gehöre vor

215) Grundsatzfragen, S. 14 oben.

216) Kartellvertrag, S. 187 unten.

217) Kartellvertrag, S. 188 Mitte.

218) Kartellvertrag, S. 186 Mitte.

219) NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 14.

allem das Prinzip des freien Wettbewerbs in der Wirtschaft ²²⁰⁾. Es beruhe auf der durch Art. 2 I GG gewährleisteten Gewerbefreiheit im weiteren Sinne, d. h. der allgemeinen Freiheit zum Handeln auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Lebens, "die insbesondere die Wettbewerbsfreiheit, die Vertragsfreiheit, die Produktionsfreiheit und die Konsumfreiheit einschließt" ²²¹⁾.

Mit dem Schutz dieser Grundrechte der am Wirtschaftsablauf Beteiligten durch den Staat und durch andere Rechtsgenossen ²²²⁾ wird also das Funktionieren der Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs gesichert ²²³⁾. Was sollte daneben als besonderes Schutzobjekt noch eine Institution des Wettbewerbs?

Deshalb kann auch FIKENTSCHER gar nicht anders als im Sinne der schon Genannten, insbesondere NIPPERDEYS, verstanden werden mit seiner frühen Bemerkung, daß die Institution des Wettbewerbs um des einzelnen willen geschützt sei. Es gehe um die "Wettbewerbsfreiheit des Einzelnen innerhalb des Wettbewerbs als Institution" ²²⁴⁾. Das entspricht ganz der von NIPPERDEY betonten Tatsache, daß selbstverständlich die Grundrechte auch im wirtschaftlichen Bereich im Interesse des einzelnen aufgestellt und ihm gegeben sind ²²⁵⁾. FIKENTSCHER versteht die Wettbewerbsfreiheit auch nicht in dem engen Sinne der Freiheit nur der Wettbewerber, "sich im Wettbewerb mit anderen zu messen" ²²⁶⁾, sondern bezeichnet damit auch "für die Kunden die grundsätzlich freie Möglichkeit, zwischen den angebotenen Alternativen zu entscheiden" ²²⁷⁾. Beide sieht er als durch Art. 2 I GG geschützt an ²²⁸⁾. In dem Verständnis für diesen rechtlichen Schutz der Persönlichkeit in ihrer Beweglichkeit und Entfaltung findet er mit Recht den Ansatzpunkt zu einem grundsätzlichen Verständnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen ²²⁹⁾. Mit einer solchen Auffassung verträgt sich die Annahme eines besonderen Institutionsschutzes des Wettbewerbs nicht. Die Verwendung dieses Ausdrucks kann bei FIKENTSCHER demnach nur als Mittel sprachlicher Vereinfachung angesehen werden ²³⁰⁾.

220) Soz. Marktw., S. 12.

221) Soz. Marktw., S. 20.

222) Soz. Marktw., S. 42 f.

223) vgl. auch NIPPERDEY, Soz. Marktw., S. 44.

224) BB 56, 796.

225) Soz. Marktw., S. 42.

226) Wettbewerb, S. 210 oben.

227) Wettbewerb, S. 227 unten.

228) Wettbewerb, S. 216 f.

229) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 210/11.

230) vgl. zu dem Mißverständnis BENISCHS oben A. II. 3. c (S. 35 unten).

2. BENISCH: Freiheitsschutz nur der Wettbewerber

Gegen die hier vertretene Auffassung wendet sich BENISCH in seiner Kritik an LUKES ²³¹⁾ mit zwei Argumenten: der Gesetzgeber habe den freien Wettbewerb nicht mittels individualrechtlicher, sondern mittels öffentlichrechtlicher Regelung erhalten wollen; und: "Das Kartellgesetz selbst engt die freie wirtschaftliche Betätigung ein, wenn ein Wettbewerber wesentlichen Einfluß auf einem Markt besitzt (§§ 22 u. 26 GWB)" ²³²⁾.

Beides ist an sich richtig, rechtfertigt aber nicht die gezogenen Schlüsse. Das Kartellgesetz nimmt zwar Einzelmonopole hin, und nicht nur das, es engt die freie wirtschaftliche Betätigung darüber hinaus sogar durch die Zulassung von Kartellen unter bestimmten Voraussetzungen ein, ganz abgesehen von den Bereichsausnahmen. Das besagt aber nichts dagegen, daß, von solchen Ausnahmen (und zwar nicht der Zahl, sondern dem Grundsatz nach) abgesehen, die freie wirtschaftliche Betätigung im übrigen gesichert sein kann und damit insoweit zugleich der Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft. Sonst müßte BENISCH von seinem Standpunkt aus auch den Institutionsschutz leugnen. Denn in den genannten Bereichen verzichtet das Gesetz auch auf die Institution des Wettbewerbs. Und zum ersten Argument ist zu sagen, daß der Gesetzgeber mittels öffentlichrechtlicher Regelungen durchaus nicht nur Institutionen, sondern auch die Handlungsfreiheit von Personen schützen kann. Hinzuweisen ist nur auf die Grundrechte oder auf gewisse Strafrechtsnormen (z. B. Freiheitsberaubung, § 239 StGB).

In Wahrheit braucht BENISCH den Institutionsschutz deswegen, weil er offenbar der Haltbarkeit seiner Schlußfolgerung mißtraut: Die individuelle wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit der Wettbewerber solle zwar nach dem Zwecke des GWB geschützt werden ²³³⁾; die Sicherung dieser Freiheit sei aber "nicht Schutzgegenstand des Gesetzes, sondern das Mittel, den Wettbewerb als Institution zum Nutzen der Gesamtwirtschaft wirksam werden zu lassen" ²³⁴⁾. Die Handlungsfreiheit des einzelnen wird nach BENISCH also geschützt, aber nicht um des einzelnen willen, sondern im Interesse der Allgemeinheit. Wenn dieser Unterschied zwischen Freiheitsschutz im Individualinteresse und im Gemeinschaftsinteresse wirklich gemacht werden könnte, käme man auch bei Anerkennung des Freiheitsschutzes für die Kunden und Abnehmer nicht zu den von BENISCH gefürchteten Individualansprüchen. Es würde aber dann die unhaltbare

231) BENISCH, WuW 61, 770 f.

232) WuW 61, 771 cc).

233) so ganz klar BENISCH, WuW 61, 766 unten.

234) so BENISCH, WuW 61, 777 Ergebnis Nr. 3.

Konsequenz vermieden werden, im Wettbewerbsprozeß nur die eine Marktseite zu sehen und die - wie nachgewiesen - unerläßliche Betätigungsfreiheit der Marktpartner einfach außer acht zu lassen.

Schwererwiegend wäre der Einwand, der aber von BENISCH nicht gebracht wird, § 1 bezwecke den Schutz nur des ideellen Interesses der Marktbeteiligten an freier wirtschaftlicher Betätigung, nicht auch der wirtschaftlichen Vorteile, die sich daraus insbesondere für die Verbraucher ergeben können. Für den Schutzgesetzcharakter eines Gesetzes i. S. des § 823 II BGB oder § 35 GWB kommt es nämlich darauf an, ob das Gesetz den Schutz des einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises nicht nur ganz allgemein bezweckt, sondern so, wie er wegen der behaupteten Verletzung im Einzelfall in Anspruch genommen wird ²³⁵⁾. Es muß durch den Verstoß gegen das Gesetz ein Schaden gerade an einem solchen Rechtsgut verursacht sein, das die Schutzvorschrift sichern sollte.

Es spricht manches dagegen, daß das Kartellverbot so weit geht, auch den Vermögensinteressen der Marktpartner dienen zu wollen. Den wohl entscheidenden Gesichtspunkt hiergegen hat neuerdings FUCHS beigebracht. Eine Schadensersatzleistung auf Grund § 35 GWB i. V. m. § 823 II BGB würde darin bestehen müssen, daß an die Stelle des Kartellpreises ein unter Außerachtlassung der wettbewerbsbeschränkenden Absprache zu ermittelnder Preis trete. Das würde aber gerade kein autonom entstandener, vom Markt als Datum entnommener Preis, sondern ein theoretisches, vom Richter errechnetes Gebilde sein. ²³⁶⁾ Was durch das Kartellverbot ermöglicht werden soll, ist allein der marktgerecht gebildete Preis, gleichgültig wie er im einzelnen aussieht und nicht ein Preis in bestimmter, sozial angemessener Höhe etwa. Allenfalls dieser letztere könnte aber durch den Richter festgestellt werden, wogegen es ein unmögliches Unterfangen darstellen muß, die Preisbildung auf einem "freien", d. h. also fiktiven Markt. nachzuvollziehen ²³⁷⁾.

Die Frage des Schutzzumfanges des Kartellverbots soll hier nicht vertieft werden. Sie zeigt aber, worum es BENISCH im Grunde geht und erklärt seinen Standpunkt, von vornherein die Abnehmer aus dem Schutzbereich des Gesetzes herauszuhalten. Deshalb erscheint die Hoffnung GRIESBACHS allzu optimistisch, BENISCH habe übersehen, daß der Wettbewerb als Institution nur dadurch herzustellen und

235) RGZ 138, 168.

236) FUCHS, Kartellverbot, S. 83 unten.

237) zu dieser Unmöglichkeit vgl. BARTHOLOMEYCZIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 87; auf rechtsstaatliche Bedenken gegen eine richterliche (und administrative) Preisfestsetzung hat schon vor Verabschiedung des GWB STRICKRODT aufmerksam gemacht; WuW 57, 90 ff.

zu sichern sei, daß jeweils allen Marktbeteiligten die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit gegeben und erhalten werde, und werde seine Auffassung noch berichtigen ²³⁸⁾.

Festzuhalten bleibt, daß es keinen stichhaltigen Einwand gegen die zuletzt von GRIESBACH zusammengefaßte Erkenntnis gibt, daß Wettbewerbsschutz notwendig identisch ist mit Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aller Marktbeteiligten, daß es den Schutz einer rein wirtschaftlichen Institution des Wettbewerbs gar nicht geben kann.

3. Unhaltbarkeit eines rein wirtschaftspolitischen Verständnisses der Institution Wettbewerb

Vergegenwärtigt man sich nochmals den Meinungsstreit über die Zielsetzung des Gesetzes ²³⁹⁾, so kommt man zu dem Schluß, daß nur eine Meinung richtig sein kann, nämlich die, daß durch das GWB zumindest auch die wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten geschützt werden sollen.

Die als Gruppe 1 genannten Vertreter eines rein wirtschaftspolitischen Institutionsschutzes haben durch BENISCH bereits den halben Weg zu dieser Erkenntnis zurückgelegt. Sie werden nicht umhin können, auch noch die restliche Strecke zu gehen und auch die freie Konsumwahl als geschützt anzuerkennen. Für sie wird die entscheidende Frage werden, ob das Gesetz nur das ideelle oder aber auch das materielle Interesse der Konsumenten an ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit schützt, da sich hiernach der Schutzgesetzcharakter des § 1 i. V. m. § 35 beurteilt.

In jüngster Zeit hat MÜLLER-HENNEBERG nochmals den Versuch gemacht, die Entwicklung aufzuhalten ²⁴⁰⁾. Seine Argumente können aber nicht überzeugen.

Wie BENISCH geht auch er davon aus, daß Wettbewerb bereits denkbar sei, "soweit die Unternehmen frei darüber entscheiden können, ob und in welcher Weise sie sich betätigen". Interessant ist vor allem, daß er mit diesem Satz GRIESBACH zuzustimmen meint, wobei er aber stillschweigend gerade dessen wesentlichen Punkt übergeht, daß Wettbewerb die Freiheit aller Beteiligten voraussetze, also auch der Kunden ²⁴¹⁾. Er widerlegt also gerade den entscheidenden Punkt nicht. Stattdessen verschiebt er die Problematik von der

238) GRIESBACH, BB 62, 1013 I. Sp.

239) vgl. oben A. I. (S. 8 ff.).

240) GEM. KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 65 f.

241) vgl. GRIESBACH, BB 62, 1013 I. Sp., der gerade diese Tatsache BENISCH entgegenhält.

Frage: Freiheit nur der Wettbewerber oder auch der Kunden? zu der Frage: Ist die Freiheit (nur) der Wettbewerber Schutzgegenstand oder nur Reflexwirkung der gesetzlichen Bestimmungen?

Aber auch seine Argumente für eine bloße Reflexwirkung erscheinen als nicht stichhaltig:

1. Die Freiheit als Schutzgegenstand lasse sich nicht damit begründen, daß Wettbewerb als Institution und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zwei Seiten ein und derselben Medaille seien, "weil (!) diesem Verhältnis auch eine solche gesetzliche Regelung angemessen wäre, die die Freiheit nur mittels Reflexwirkung schützt".

Diese Folgerung ist kaum verständlich. Daß Wettbewerb als Institution Schutzgegenstand ist, steht fest ²⁴²⁾. Ob die Freiheit dadurch zwangsläufig mitgeschützt ist, beurteilt sich allein nach dem Zusammenhang zwischen Wettbewerb und freier wirtschaftlicher Betätigung aller Beteiligten. Sind diese Freiheiten Kernbestand der Institution, dann sind sie automatisch geschützt. Sicher können Freiheiten auch allgemein durch Reflexwirkung geschützt werden. Möglich ist, daß dies auch im Falle der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten geschehen könnte. Bei ihrem Verhältnis zur Institution Wettbewerb, wie dieses hier gesehen wird, würde eine solche Regelung aber erfordern, auch den Wettbewerb als Institution nur als Reflex zu schützen. MÜLLER-HENNEBERG müßte daher schon das Verhältnis Wettbewerb/Betätigungsfreiheiten selbst angreifen.

2. Schutzgegenstand des Gesetzes könne nur sein, was seinem Wesen nach überhaupt geeignet sei, durch die Bestimmungen dieses Gesetzes vor Benachteiligung bewahrt zu bleiben. Das müsse für alle Beteiligten einheitlich zu beantworten sein. Jedoch

a) werde die Freiheit der Wettbewerber gegen Selbstbeschränkung (durch § 1) nicht im Interesse der Wettbewerber, sondern "anderer Werte" geschützt;

b) seien auch solche Vorschriften des GWB, die (wie §§ 18, 22, 26, 27; 14, 15, 20, 21, 25; 1) den Schutz der Betroffenen bezweckten, nicht geeignet, deren Freiheitssphäre zu sichern; was sie zu bewirken vermöchten, beziehe sich lediglich auf ihre Erfolgchancen.

Wird die Freiheit der Wettbewerber geschützt, wenn auch um "anderer Werte" willen (Buchstabe a)), dann ist sie offenbar ihrem Wesen nach geeignet, durch Bestimmungen des GWB vor Beeinträchtigungen bewahrt zu bleiben (vor Buchsta-

242) so auch MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 64/65; und oben A.I.3. (S. 12 ff.).

be a)). Damit hat sich MÜLLER-HENNEBERG im wesentlichen Punkt bereits selbst widerlegt. Vorschriften schließlich, welche die Erfolgchancen der Marktteilnehmer sichern wollen (Buchstabe b)), müssen als notwendige Voraussetzung solcher Chancen die freie wirtschaftliche Betätigung aller Beteiligten schützen²⁴³⁾.

Allerdings versteht MÜLLER-HENNEBERG im Anschluß an BENISCH unter Erfolgchancen nicht diese "sehr unsichere Chance" wie sie bei Wettbewerb gegeben sei²⁴⁴⁾, sondern die möglichst sichere "Chance" eines im Wettbewerb beschränkten Marktes, um deretwillen auch weniger günstige Geschäftsbedingungen als bei Wettbewerb in Kauf genommen würden. Es kommt MÜLLER-HENNEBERG also nur auf die optimale Versorgung der Geschützten an. Trotz Beschränkung des Wettbewerbs werde in diesen Fällen die wirtschaftliche Freiheit der Kunden nicht geschmälert²⁴⁵⁾. Auch dies ist wieder eine Behauptung, die das Verhältnis Wettbewerb/Freiheiten, wie es hier herausgearbeitet wurde, nicht widerlegt. Bis dies geschieht, bleibt es dabei, daß die Beschränkung des Wettbewerbs zwangsläufig auch die Freiheiten der Beteiligten beschränkt. Wie weit diese das hinzunehmen haben, ist eine andere Frage. Beiläufig wäre noch zu fragen, weshalb MÜLLER-HENNEBERG die Aufrechterhaltung der Konsumfreiheit so betont, da diese doch nicht einmal als Reflex geschützt sein soll, im Gegensatz zur Freiheit der Unternehmer.

Hinzu kommt: Alle von MÜLLER-HENNEBERG erwähnten Schutzvorschriften betreffen - meist sogar erklärmaßen²⁴⁶⁾ - die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Beteiligten. Das gilt auch für § 22, wie in dieser Arbeit nachgewiesen werden soll. Demgegenüber ist der Begriff der Erfolgchance in dem von MÜLLER-HENNEBERG gebrauchten Sinne dem Gesetz unbekannt. Es ergibt sich somit, daß auch die Argumentation MÜLLER-HENNEBERGS den gefundenen Zusammenhang zwischen Wettbewerb und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit aller Beteiligten nicht widerlegt.

Diese wirtschaftlichen Freiheiten wollte der Gesetzgeber somit in der Institution des Wettbewerbs zumindest auch schützen²⁴⁷⁾.

243) vgl. etwa bei KNÖPFLE, oben A.II.3.c (S. 36).

244) BENISCH, WuW 61, 772/73; Wettbewerb könne die erreichbaren Bedingungen verschlechtern.

245) MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 2. Aufl., Einf. IV, S. 66 Mitte; KNÖPFLES Wettbewerbsbegriff kann hier nicht Pate gestanden haben, da dort die Chancen der Marktbeteiligten durch Kartelle als beeinträchtigt erscheinen.

246) z.B. § 18: "... die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ... unbillig einschränken ..."; § 14; ebenso.

247) vgl. oben A.II.1 (S. 15 f.).

B. DIE ZIELSETZUNG DES GWB FÜR OLIGOPOLISTISCHE MÄRKTE

Vorbemerkung

Als grundsätzliche Zielsetzung des Gesetzes wurde im vorigen Abschnitt der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten der am Wettbewerbsprozeß Beteiligten ermittelt. Es läge nahe, gerade eine solche freiheitliche, von wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitserwägungen freie Zielsetzung für den gesamten Wirtschaftsbereich anzunehmen ¹⁾, soweit nicht ausdrücklich Ausnahmen normiert sind. Und das jedenfalls ist in § 22 nicht geschehen ²⁾. Jedoch verbietet sich dieses Vorgehen angesichts der sehr beachtlichen Gegenstimmen, die annehmen, der Gesetzgeber sei bei der Regelung für marktbeherrschende Unternehmen einschließlich der Oligopolunternehmen von seiner grundsätzlichen Zielsetzung des Freiheits- oder Wettbewerbsschutzes abgerückt und habe dort eine andere Zielsetzung zugrunde gelegt ³⁾.

Die Suche nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des Gesetzes ⁴⁾ für oligopolistische Marktverhältnisse begegnet großen Schwierigkeiten. Sie rühren einmal vom Gegenstand selbst her, der noch wenig erforscht und überhaupt nur schwer durchschaubar ist. Zum anderen fällt ins Gewicht, daß es sich um eine hochpolitische Materie handelt, bei der die Interessentengruppen aller Richtungen einen kaum durchschaubaren Einfluß auf das Gesetzgebungswerk gehabt haben.

BARTHOLOMEYCZIK bezeichnet das Kartellgesetz, unter Verwendung eines Wortes von SEYDEL, als das "Produkt eines opportunistischen Kompromisses aus Torschlußpanik, Resignation und besserer Einsicht". Er stellt ihm das amerikanische Antitrustrecht gegenüber, als ein "Bekennnisrecht, dessen Kodifikation spontane Äußerung der *volonté générale* war". ⁵⁾ Der FRANKFURTER KOMMENTAR gelangt zu der Feststellung, daß dieses Gesetz nicht von der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft getragen werde ⁶⁾.

Diese Stimmen genügen schon, den Nutzen der bei einem jungen Gesetz sonst so wertvollen Gesetzesmaterialien ⁷⁾ in Frage zu stellen. Historische Vorbilder fehlen gerade auf diesem Gebiet. Und auch eine rechtsvergleichende Betrachtung

1) für eine durchgängige Zielsetzung auch STRICKRODT, Kritische Bestimmung, S. 26.

2) vgl. auch SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 103.

3) vgl. oben Einleitung, S. 3 f.

4) BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, 4. c) a.E. (S. 46).

5) GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 13/14 vor §§ 22-24.

6) FRANKFURTER KOMMENTAR, Einleitung A. Tz. 10.

7) vgl. BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, 6. a) (S. 53).

tung etwa des amerikanischen Antitrustrechtes hilft bei dem offenbar mehr verfassungsrechtlichen als technischen Charakter des Gesetzes nicht weiter ⁸⁾. Wie aber sollen dann die Wertentscheidungen des Gesetzgebers erkannt werden?

RASCH weist warnend darauf hin, daß es bei einem Gesetz, das in seiner endgültigen Fassung so wenig eine einheitliche Zielsetzung zum Ausdruck bringe wie das GWB, nicht schwer sei, in Einzelheiten fast jede Meinung einigermaßen plausibel zu begründen ⁹⁾. Das gilt um so mehr von einer Regelung wie § 22 II, die durch die vielen Generalklauseln ihren Inhalt überwiegend erst aus dem Nachvollzug der gesetzgeberischen Werturteile bezieht ¹⁰⁾. Hinzu kommt, daß sogar die Wortlaut selbst als wenig verlässlich gilt. LANGEN geht so weit, dem Gesetzgeber vorzuwerfen, er habe sich in § 22 II als ein "terrible simplificateur" betätigt ¹¹⁾.

Diesen Gefahren kann nur gesteuert werden, wenn es gelingt, unter den Mißverständnissen und Interessentenstandpunkten eine Grundstruktur des gesetzgeberischen Willens herauszupräparieren, an die man sich zu halten haben wird, wenn nicht Interessentenstreit und Polemik Tür und Tor geöffnet werden sollen.

Entscheidend für den Willen des Gesetzgebers sind die "Werturteile und Zielsetzungen der Kulturschicht, die im Zeitpunkt der Gesetzgebung dem Willen der Gesamtheit auf dem Gebiete des Rechts Inhalt verlieh" ¹²⁾. Damit kann auf den sicheren Ansatzpunkt der bei Vorlage des Entwurfes herrschenden wirtschaftspolitischen Überzeugung zurückgegangen werden. Sie ist alsdann - da es sich bei § 22 um eine offenbar verfassungsrelevante Gesetzesregelung handelt - an Hand verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen zu überprüfen. Schließlich muß untersucht werden, inwieweit die so ermittelten Wertentscheidungen in das Gesetzgebungsverfahren Eingang gefunden haben und sich durchsetzen konnten. Die bereits ermittelte allgemeine Zielsetzung des Gesetzes ist dabei eine besondere Hilfe. Wollte der Gesetzgeber (in seiner Gestalt der an dem Gesetzgebungsverfahren Beteiligten) hiervon abgehen, so mußte er sich näher erklären. Um die Äußerungen des Gesetzgebers richtig zu würdigen, ist es erforderlich, den Stand der Einsicht in den zu regelnden Lebenssachverhalt, von dem die Beteiligten ausgehen mußten, aufzuzeigen. Das soll vorab geschehen.

8) über ein technisches Problem vgl. oben, Einleitung S. 6/7.

9) Wettbewerbsbeschränkungen, Vorwort zur 2. Auflage.

10) vgl. BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, 8. (S. 69 Mitte): Der Inhalt der Generalklauseln "muß erst ... unter Beachtung aller generellen und individuellen Interessen, aber auch unter Beachtung der sonst erkennbaren Werturteile des Gesetzgebers ausgefüllt werden".

11) Kommentar, § 22 Anm. IV a. A.

12) BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, 4. a) (S. 43) i. V. m. 4. c) (S. 46 oben).

I. DAS OLIGOPOLPROBLEM IN DER SICHT DES GESETZGEBERS

1. Materialien

Eine Durchsicht der Materialien hat ein enttäuschendes Ergebnis.

Die BEGRÜNDUNG begnügt sich mit der Feststellung, daß in einer Reihe von Marktbereichen, darunter "Gebieten . . . , auf denen durch die gegebene Unternehmensstruktur die Marktform des Monopols, Teilmonopols, Oligopols oder Teiloligopols besteht" ¹³⁾ aus strukturmäßigen Gründen "die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht herzustellen ist" ¹⁴⁾, bzw. die "Erzwingung eines vollständigen Wettbewerbs" nicht zweckmäßig sei ¹⁵⁾. In der Erläuterung zu § 17 E ist gesagt, daß mit dieser Bestimmung "alle Erscheinungsformen wirtschaftlicher Macht zu erfassen" seien. Dabei ist das Oligopol in der Weise gesehen, daß neben dem als marktbeherrschend bezeichneten, unter Mißbrauchsaufsicht gestellten Unternehmen "zwar noch andere Unternehmen bestehen, die jedoch . . . , weil sie sich völlig der Geschäftspolitik des ersten Unternehmens anschließen, keinen 'wesentlichen Wettbewerb' darstellen" ¹⁶⁾.

Die Änderungsvorschläge des BUNDESRATES, die "zwecks besserer Übersicht" den Absatz 2 in § 17 E einfügen, bringen die Formulierung: "Zwei oder mehrere Unternehmen, zwischen denen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht" und die, in ihrer Gesamtheit keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, "insbesondere . . . mit Rücksicht auf die Größe ihres Marktanteils in der Lage sind, die Erzeugung . . . oder die Preise und Geschäftsbedingungen . . . ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten. . ." ¹⁷⁾

Der BERICHT nennt diese Einfügung später die "Einbeziehung der sogenannten Oligopole" ¹⁸⁾ in die Bestimmungen über marktbeherrschende Unternehmen. Im übrigen äußert sich der Gesetzgeber im Bericht erstmals deutlicher über die Oligopole, "in denen wenige Unternehmen mit erheblichen Marktanteilen den Markt beherrschen und unter Umständen eine Anzahl weiterer kleinerer Marktteilnehmer neben den Großunternehmen unter Anpassung an deren Marktverhalten operiert" ¹⁹⁾. Es wird auf das Ausspielen der Finanzkraft in der Werbung

13) BEGRÜNDUNG, A. VI a. A.

14) BEGRÜNDUNG, A. V.

15) BEGRÜNDUNG, A. VI a. A.

16) BEGRÜNDUNG, C., zu § 17 Nr. 2.

17) ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21. § 17 u. unten B. IV. 2. b.

18) HELLWIG, BERICHT I. B. III., 4. Absatz.

19) vgl., auch für das Folgende, HELLWIG, BERICHT I. C. II.

hingewiesen sowie darauf, daß diese Unternehmen "durch übereinstimmendes Verhalten im Wettbewerb, vor allem in der Preisstellung, die Marktverhältnisse wesentlich beeinflussen" könnten. "Oft wird diese Gleichförmigkeit des Verhaltens nicht durch vertragliche Absprachen hergestellt, sondern ergibt sich gleichsam von selbst, weil keiner der Oligopolisten es wagt, einen Preiskampf, der gewöhnlich mit schweren Verlusten für alle Beteiligten verbunden ist, zu eröffnen. Nach Ausschaltung des Preiswettbewerbs ist zumeist eine Verlagerung des Wettbewerbs auf die schon genannten Ausweichformen (z.B. "der sogenannte Qualitätswettbewerb, die Konkurrenz in Serviceleistungen, der Reklame- und Verpackungswettbewerb, der quasi monopolistische Wettbewerb durch Produktionsdifferenzierung u. a. m."), den Wettbewerb mit Nebenleistungen oder mit der Werbung festzustellen. Die Marktform des Oligopols stellt eine ungleichgewichtige Marktform dar." Schließlich wird die "Erhaltung oder Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb . . . , eines Wettbewerbs etwa, wie er in den USA als 'workable competition' bezeichnet worden ist", für möglich gehalten, im Gegensatz zu der "Unmöglichkeit . . . , eine vollständig oder annähernd vollständige Konkurrenz herzustellen".

Die Möglichkeit von "Wettbewerb auch auf Oligopolmärkten" hatte zuvor schon die BUNDESREGIERUNG in ihrer Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des BUNDESRATES anerkannt, vorausgesetzt, daß nicht die mehreren Unternehmen "gleichförmig zur Beeinflussung des Marktes zusammenwirken" ²⁰⁾.

Der AUSSCHUSS verdeutlichte diese Auffassung dahin, daß zwischen den oligopolistischen Unternehmen keine willensmäßige Verständigung vorzuliegen brauche, erst recht nicht eine solche, der rechtsgeschäftlicher Bindungscharakter im Sinne des § 1 zukomme ²¹⁾.

2. Stufenweises Erfassen des Oligopolproblems

Dieser Überblick zeigt deutlich, wie sich der Gesetzgeber nur schrittweise des Oligopolproblems bemächtigen konnte.

In der BEGRÜNDUNG galt noch die Devise "alles oder nichts". Da vollständiger Wettbewerb im Oligopol nicht erzwungen werden kann, wurde auf Wettbewerb in diesen Bereichen ganz verzichtet und das Oligopol dem Monopol gleichgesetzt. Es wurde überhaupt nur auf das "führende" Unternehmen abgestellt; die ihm folgenden blieben ganz außer acht.

20) STELLUNGNAHME II. 8.; vgl. auch unten S.IV. 2.c (S. 109).

21) ILLERHAUS, BERICHT IV. zu § 17.

Der Vorschlag des BUNDESRATES stellte sämtliche Unternehmen nebeneinander, ohne im Oligopol zwischen führendem und folgenden Unternehmen zu unterscheiden.

Die BUNDESREGIERUNG in ihrer Stellungnahme sieht jetzt als Grund für das Fehlen von Wettbewerb zwischen den Oligopolunternehmen ihr gleichförmiges Zusammenwirken zur Beeinflussung des Marktes, das es zu verhindern gelte.

Der AUSSCHUSS dringt erstmals tiefer in das Verhältnis der Oligopolunternehmen untereinander ein und stellt zunächst fest, daß das übereinstimmende Verhalten

a) auf vertraglichen Absprachen oder

b) oft auf Furcht vor ruinösem Preiskampf

beruhe. Als Alternative zur vollständigen oder annähernd vollständigen Konkurrenz wird die Möglichkeit einer "workable competition" im Oligopol gesehen.

Sodann trifft der Ausschuß noch die Unterscheidung zwischen

a) willensmäßiger Verständigung mit rechtsgeschäftlichem Bindungscharakter,

b) willensmäßiger Verständigung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungscharakter und

c) tatsächlichem Fehlen von Wettbewerb.

Den Fall a) sieht er in § 1 geregelt. Den Fall c) will er in § 17 (jetzt § 22) regeln.

Den Fall b) glaubte offenbar eine Mehrheit im Ausschuß "bereits durch § 1 erfaßt".

Der BERICHT bringt diese Tatsache in der distanzierenden passivischen Form:

"Gegen den Vorschlag der Regierung (zu § 17 II: Zusammenwirken in gleichförmigem Verhalten) wird insbesondere eingewandt, daß ...". Anschließend stellt der BERICHT aber apodiktisch fest, daß willensmäßige Verständigungen im Sinne des § 1 rechtsgeschäftlichen Bindungscharakter voraussetzen ²²⁾. Daraus folgt, daß der AUSSCHUSS mit den rechtlich unverbindlich abgestimmten Verhaltensweisen, die nicht furchtdiktieren sind, nichts anzufangen wußte.

Dies war der Stand der Erkenntnis von den Zusammenhängen auf oligopolistischen Märkten, von dem die BERATUNGEN ausgegangen sind. Ihn muß man sich später bei der Betrachtung der Entwicklungsgeschichte des § 22 und der Äußerungen des Gesetzgebers, vor allem in den BERATUNGEN, vor Augen halten.

22) ILLERHAUS, BERICHT IV., zu § 17.

II. DIE WIRTSCHAFTSPOLITIK UND DAS OLIGOPOLPROBLEM

1. Die herrschende wirtschaftspolitische Überzeugung als Ausgangspunkt für die Bestimmung des "Willens des Gesetzgebers"

Nachdem der wirtschaftliche Sachverhalt skizziert ist, so wie ihn der Gesetzgeber vor sich sah, muß nun nach dem Inhalt des gesetzgeberischen Willens zur Regelung dieses Bereiches geforscht werden.

Erster Ansatzpunkt ist die wirtschaftspolitische Überzeugung der REGIERUNG, soweit sie dem Gesetz erkennbar zugrundegelegt ist. FIKENTSCHER meint richtig, daß ein wirtschaftspolitisches Unwerturteil über die Marktbeherrschung ²³⁾ den Gesetzgeber insofern binde, als er auch "den Auftrag hat, seine Gesetze unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Stands von Wissenschaft, Wirtschaft und Technik zu formulieren ... Solange eine bestimmte Wirtschaftspolitik Staatswille ist, muß ein Recht zur Verfügung stehen, an das sich die nach dieser Politik Regierten halten können" ²⁴⁾.

Es ist nicht erforderlich, das Für und Wider einer bestimmten herrschenden Konzeption darzustellen. Deshalb brauchen an sich auch nicht bestehende Begriffsverwirrungen geklärt zu werden. Trotzdem soll aber auf ein markantes Beispiel für die verschiedenen Inhalte, die in der wirtschaftspolitischen Diskussion gerade den entscheidenden Begriffen zuteil werden, kurz hingewiesen werden. Es handelt sich um den Briefwechsel Professor ERHARDS mit Präsident BERG.

Nach ERHARD "hebt (man) eine freie wirtschaftliche Ordnung auf, wenn man den Leistungswettbewerb unterbindet und die Funktion des Preises ausschaltet" ²⁵⁾. BERG stimmt voll damit überein, "daß der Wettbewerb eine der tragenden Säulen der Marktwirtschaft ist und daß staatliche ebenso wie privatwirtschaftliche Bindungen des Marktgeschehens beseitigt bzw. verhindert werden müssen, soweit sie die freie Entfaltung der Unternehmerinitiative sowie den Leistungswettbewerb und den Fortschritt hemmen" ²⁶⁾.

Beide Male der Begriff "Leistungswettbewerb" und jedesmal mit einem völlig verschiedenen Inhalt. Nach ERHARD ist es "unbestreitbar und erwiesen, daß ein freier Markt ohne einen freien Leistungswettbewerb und dieser ohne eine freie

23) die wesensmäßig dasselbe wie eine (materielle) Wettbewerbsbeschränkung ist; vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 70.

24) Wettbewerb, S. 95 u. 96 Mitte.

25) WuW 52, 733 r. Sp.

26) BERG, WuW 52, 857 l. Sp.

Preisbildung nicht bestehen kann" 27). Nach BERG kommt es auf die freie Preisbildung gerade nicht an. Leistungswettbewerb ist für ihn vielmehr die "Konkurrenz innerhalb der Kartelle", "ein Wettbewerb auf höherer Ebene, d.h. ein echter und fairer Leistungs- und Fortschrittswettbewerb". Den Leistungswettbewerb wie ERHARD ihn sieht, bezeichnet BERG geradezu als einen "wettbewerblichen Straßenkampf" und die ihn begleitenden Preisbewegungen als "hektische Preissprünge" 28).

Der hier zutage getretene Meinungs- und Interessengegensatz durchzieht heute die Diskussion um die Auslegung des Gesetzes, wie oben bei der Entwicklung des Wettbewerbsbegriffes offenbar geworden ist.

2. Wettbewerbsordnung und ORDO-Gedanke der "Freiburger Schule"

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß es dem Gesetzentwurf der REGIERUNG um die Verwirklichung der Konzeption der sogenannten "neoliberalen" oder "Freiburger Schule" gegangen ist 29). Ihre Vertreter BÖHM, ERHARD, EUCKEN, GROSSMANN-DOERTH, MIKSCH, RÖPKE, RÜSTOW, MÜLLER-ARMACK, HAYEK u. a. sind trotz mancher Unterschiede in Einzelfragen von einer einheitlichen Grunderkenntnis ausgegangen und haben ein gemeinsames Anliegen verfolgt, so daß es gerechtfertigt ist, ihre Lehrmeinungen zusammenzufassen 30).

BIEDENKOPF kommt das Verdienst zu, gegenüber den zum Teil unsachlichen oder gar böswilligen Angriffen 31), aber auch gegenüber etwaigen Mißverständnissen, noch einmal die doppelte Aufgabenstellung der "FREIBURGER SCHULE" herausgestellt zu haben 32). Danach muß unterschieden werden zwischen der

27) ERHARD, WuW 52, 733 r.Sp. Mitte.

28) BERG, WuW 52, 861 l.Sp. unten.

29) BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 13 unten, mit Nachweisen; MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 1. Aufl., Einf. S. 60.

30) so FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 14, der ihre Lehren analysiert hat.

31) vgl. besonders OTTEL; dieser versucht u. a. die Wettbewerbsidee BÖHMS in Mißkredit zu bringen, indem er auf BÖHMS Vorschläge während der nationalsozialistischen Herrschaft verweist (Festschrift ISAY, S. 91 f.) und er versucht dasselbe mit der gegenwärtigen staatlichen Wirtschaftspolitik, indem er Parallelen zur marxistischen Ideologie zieht (Kartellpolitik. S. 69, 71, 74); bei ISAY zit. n. BIEDENK., Grundsatzfr., S. 28/29.

32) BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 26 ff.

Lehre von der Wettbewerbsordnung und den verschiedenen Marktformen einerseits sowie der von EUCKEN als ORDO bezeichneten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung andererseits. Gerade auch EUCKEN wußte scharf zu trennen zwischen der echten Theorie, die nur aus dem strengen Gebrauch der Vernunft entsteht und der Ideologie, die auf Impulsen des Willens beruht ³³⁾.

Die theoretische Arbeit der "FREIBURGER SCHULE" bestand in der Gewinnung der verschiedenen Marktformen durch Untersuchung der Wirtschaftspläne konkreter Einzelwirtschaften ³⁴⁾. Dabei wurde immer wieder betont, daß diese Typen "nicht ... die konkrete Wirtschaft abbilden wollen", sondern daß sie "reine Formen, echte Idealtypen (sind), von denen jede einzelne nur eine Seite der Tatsachenbefunde wiedergibt" und daß sie nur dazu dienten, theoretische Ableitungen zu ermöglichen ³⁵⁾. Das Ergebnis dieser Untersuchungen war: Der Kooperationsprozeß der Wirtschaft vollzieht sich reibungsloser, fehlerfreier und schneller und erzielt bessere wirtschaftliche Resultate, wenn die Produktion und der Konsum frei von Zwang sind und wenn durch die Ausschaltung staatlicher oder privater Marktbeeinflussung eine autonome Preisbildung gesichert ist, kurz, in einer Leistungswettbewerbsordnung ³⁶⁾. Als rein wissenschaftliche Erkenntnis ist dieses Ergebnis ethisch und rechtlich wertfrei. Auch wo in diesen Zusammenhängen etwa von freier Konsumwahl und freien Preisen die Rede ist, will diese Freiheit nur als Gegensatz zur Beeinflussung von Konsum oder Preisen durch irgendeine zentrale Stelle verstanden werden, nicht als politische Forderung ³⁷⁾. Die Wettbewerbsordnung wird insoweit aus rein wirtschaftlichen Gründen als erstrebenswerteste Ordnung erkannt, immer aber in dem Bewußtsein, daß solche wirtschaftlichen Ordnungsformen "rein nur im Denken Bestand (haben)" und erst verschmolzen die konkrete Ordnung konstituieren ³⁸⁾.

Daneben, deutlich unterschieden von den "konkreten Wirtschaftsordnungen", steht das "Streben nach Ordnung in der Wirtschaft", der ORDO-Gedanke ³⁹⁾. Die Wirtschafts- und Sozialordnung wurde gesucht, "die dem Wesen des Men-

33) EUCKEN, Grundlagen, S. 227.

34) EUCKEN, Grundlagen, S. 257 Anm. 34.

35) EUCKEN, Grundlagen, S. 123 u. 269 unten, Anm. 66.

36) so zusammenfassend BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 27 oben.

37) EUCKEN, Grundlagen, S. 83/84 u. 193;
BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 27 oben.

38) EUCKEN, Grundlagen, S. 171.

39) EUCKEN, Grundlagen, S. 239, der abschließend hervorhebt, daß von ihm in diesem seinem (rein theoretischen) Buch nicht die Rede sei.

schen und der Sache", "der Vernunft oder der Natur des Menschen und der Dinge entspricht", d. h. "Ordnung, in der Maß und Gleichgewicht bestehen" ⁴⁰⁾. Maßstab für Wert oder Unwert dieser Ordnung waren nicht die primär wirtschaftlichen Postulate der Leistungssteigerung und Wohlfahrtsförderung, sondern die rechtlichen Größen der Menschenwürde und Freiheit des Menschen ⁴¹⁾. Nur die Wirtschaftsordnung war ORDO, die diesen Forderungen am meisten entsprach. ⁴²⁾

Die Ordnung, die zugleich dem "Wesen des Menschen" (Menschenwürde, Freiheit) und "der Sache" (optimaler wirtschaftlicher Kooperationsprozeß) am besten entsprach, wurde gefunden in der Leistungswettbewerbsordnung. Die in sie "zunächst als wissenschaftliches Datum einkalkulierte Freiheit der Anbieter und Nachfrager von staatlichem und privatem Zwang entsprach zugleich der Forderung des Rechts nach Freiheit" ⁴³⁾. Es ergab sich somit, daß die Verwirklichung des rechtlichen Wertes der wirtschaftlichen Freiheiten das Mittel für die Errichtung der Wettbewerbsordnung mit ihren erstrebten wirtschaftlichen Ergebnissen war. Diese Folgen: so weitgehend wie mögliche und andauernde Überwindung der Knappheit der Güter ⁴⁴⁾, erscheinen als Früchte des ständigen Bemühens um die Verwirklichung der wirtschaftlichen Freiheiten aller am Wettbewerbsprozeß Beteiligten.

Damit wird der Wettbewerb zur "Aufgabe" (Misch). Die Monopole, gleich welcher Art, sind zu verbieten und dort, wo sie "naturbedingt" sind, unter Kontrolle zu stellen. Dem Gebot zum Wettbewerb entspricht also das Unwerturteil über Wettbewerbsbeschränkungen. ⁴⁵⁾

Dies genügt, um zu zeigen, daß es schon der "FREIBURGER SCHULE" niemals darum ging, ihr Wettbewerbsmodell durchzusetzen, sondern daß es ihr darauf ankam, die wirtschaftlichen Freiheiten zu verwirklichen. Anders ist auch BÖHM nicht zu verstehen, der als erstrebenswert "jeden Wettbewerb" bezeichnet, "der für den Inhaber ökonomischer Macht überhaupt fühlbar wird" ⁴⁶⁾. Es ist deshalb unverständlich, wie OTTEL zu der Behauptung kommt, die deutsche Wirtschaftspolitik versuche das Wettbewerbsmodell der "FREIBURGER SCHULE" durchzusetzen ⁴⁷⁾. Was BÖHM für die gegenwärtige deutsche Wirtschaftspolitik sagt,

40) EUCKEN, Grundlagen, S. 239.

41) EUCKEN, Grundlagen, S. 240: "... menschenwürdige Ordnung der Wirtschaft zu geben..."; "... zugleich soll in dieser Ordnung ein selbstverantw. Leben möglich sein".

42) u. 43) BIEDENKOPF, S. 27.

44) EUCKEN, S. 240.

45) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 18 f.

46) BÖHM, Kartelle und Monopole, S. 22.

47) OTTEL, Kartellpolitik, S. 61.

trifft genauso auf die Haltung des Gesetzgebers zum GWB zu ⁴⁸⁾.

Die Forderung der "FREIBURGER SCHULE" war somit: Verwirklichung der Menschenwürde durch weitestmögliche Durchsetzung der wirtschaftlichen Freiheiten

- a) als die Menschenwürde konstituierender Eigenwert und
- b) zugleich als ein Mittel zur Schaffung der unerläßlichen materiellen Daseinsvoraussetzungen für den einzelnen. Diese grundsätzliche Forderung gilt auch für Monopole und Oligopole.

Aus der den Gesetzgeber leitenden wirtschaftspolitischen Überzeugung ergibt sich somit für Oligopolmärkte, daß diese nicht prinzipiell von der allgemeinen freiheitlichen Zielsetzung des Gesetzes ausgenommen werden sollten.

III. DIE VERFASSUNG UND DAS OLIGOPROBLEM

1. Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung

Während die wirtschaftspolitische Konzeption einer REGIERUNG zunächst auf diese beschränkt ist und nicht ohne weiteres als Überzeugung des Gesetzgebers insgesamt angesehen werden darf, spricht eine Vermutung dafür, daß sämtliche Gesetzgebungsorgane sich mit einer zu treffenden Regelung im Rahmen der von der Verfassung getroffenen Wertentscheidungen halten wollen. Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 III Halbsatz 1 GG). Es liegt deshalb nahe, nach einer etwaigen verfassungsmäßigen Wertentscheidung über die oligopolistische Wettbewerbsbeschränkung zu suchen.

2. Die wirtschaftlichen Freiheiten; insbesondere die Freiheit der Verbrauchswahl als Wettbewerbsfreiheit der Kunden

Bei der Gegenüberstellung von Institutionsschutz und Freiheitsschutz wurde bereits aus dem Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs heraus die Erkenntnis gewonnen, daß der wirtschaftliche Wettbewerb nichts anderes als der Inbegriff der marktbezogenen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten aller am Wettbewerbsprozeß Beteiligten ist ⁴⁹⁾. Hier gilt es nun, diese wirtschaftlichen Betä-

48) vgl. oben A. II. 2. (S. 19) u. B. I. 1. (S. 64).

49) vgl. oben A. III (S. 54 ff.).

tigungsfreiheiten näher zu charakterisieren, soweit dies erforderlich ist, um die verfassungsrechtliche Problematik zu erkennen.

Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Wettbewerber umfaßt neben Produktions- und Vertragsfreiheit vor allem das Recht, mit anderen Wirtschaftern auf dem Markt in Wettbewerb um die Kunden zu treten. Auf Einzelheiten braucht nicht eingegangen zu werden, da dieses Recht allgemein anerkannt ist. Sogar BENISCH bekennt sich zu ihm, wenn er sagt, das GWB schütze die "individuelle wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit" ⁵⁰⁾ der "an der Beschränkung Beteiligten" ⁵¹⁾.

Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktgegner umfaßt die Vertragsfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit in Form der Konsumfreiheit. Anders als der Begriff der Wettbewerbsfreiheit im engen Sinne der Freiheit der Mitbewerber zum Konkurrieren auf dem Markt, ist der Begriff der Konsumfreiheit oder der Freiheit der Konsumwahl schwieriger zu erfassen und trägt deshalb die Gefahr in sich, zum bloßen Schlagwort herabzusinken und zur Quelle entscheidender Mißverständnisse zu werden. Als Beispiel hierzu sind oben die Ausführungen BENISCHS gebracht worden ⁵²⁾.

Bei der Darstellung der Funktion der "anderen Marktseite" im Wettbewerbsprozeß wurde daher versucht, auf das Wesen der Wahlmöglichkeit der Kunden zurückzugehen. Dabei hat sich gezeigt, daß die Wahlmöglichkeit keine ständig unterschiedlichen Angebote voraussetzt. Erforderlich ist nur, daß die Konsumenten auf Grund der gegebenen Verhältnisse gegenwärtig, bei Abschluß des konkreten Geschäftes, mit der Möglichkeit günstigerer Geschäftsbedingungen rechnen können. Nur dann ist ihre Freiheit, jedes angebotene Geschäft abzuschließen, zurückzuweisen oder ein Gegenangebot zu machen (ABBOTT), mehr als ein leeres Versprechen.

Der verfassungsrechtliche Gehalt der Konsumfreiheit kommt besonders klar bei FIKENTSCHER zum Ausdruck. Er bezeichnet dieses "Recht auf Teilnahme an der ständigen Änderung der persönlichen Herrschaftsbereiche" ⁵³⁾, die "Freiheit, Neues zu erwerben" ⁵⁴⁾, das "Recht auf Teilnahme an der sich stets neu vollziehenden Verteilung der Güter" ⁵⁵⁾, gleichrangig wie die gesicherte Herrschaft über erworbene Güter, als zur Würde der menschlichen Persönlichkeit gehörig ⁵⁶⁾.

50) BENISCH, WuW 61, 766 unten.

51) gemeint sind die Wettbewerber; BENISCH, WuW 61, 767 Mitte.

52) vgl. oben A. II. 3. c ee) (S. 35/36).

53) Wettbewerb, S. 208 unten.

54) Wettbewerb, S. 210 unten.

55) Wettbewerb, S. 212 unten.

56) Wettbewerb, S. 208 unten.

In dem hier gebrauchten Sinne hat schon EUCKEN die freie Konsumwahl verstanden; Sie liegt vor, wenn der einzelne im Rahmen seines Einkommens kauft, was er wünscht.⁵⁷⁾ Sie ist beschränkt, wenn die Zentralstelle durch andere Mittel als durch Befehl oder durch Zuweisung von Rationen die Richtung des Konsums beeinflusst, z. B. Änderung des Rohstoffgehalts der Konsumwaren, durch Beimischungsvorschriften, durch Propaganda usw. Und sie ist ersetzt durch den Konsumzwang, wenn ein äußerer Druck ausgeübt wird, wenn der Konsument gewisse Güter auf Grund des Befehls einer Zentralstelle zugewiesen erhält oder kaufen muß, wenn er also einen eigenen Willen nicht durchzusetzen vermag.⁵⁸⁾ EUCKEN denkt bei der zentralen Beeinflussung nicht nur an staatliche Einflußnahme. Er sieht sie vielmehr im Gegensatz zum Zustand der Konkurrenz, für die kennzeichnend die Einflußlosigkeit der Anbieter ist oder: "daß der Anbieter mit einer völlig elastischen Nachfrage rechnet" (Wahlmöglichkeit!), "dementsprechend bei seinem Angebot im Preis eine Größe sieht, die vom Umfang dieses seines Angebotes unabhängig ist" (Illusion der Vorteilhaftigkeit eines niedrigeren Preises!) und "danach die Menge wählt, die er anbietet"⁵⁹⁾. "Alle zusammen (Anbieter und Nachfrager) bestimmen - ohne daß der Einzelne es weiß - die Preise und damit den gesamten Wirtschaftsprozeß"⁶⁰⁾. Der Übergang von der wirtschaftlichen Ordnungsform der Konkurrenz zur zentralen Steuerung ist gekennzeichnet durch das Zurückgehen des Einflusses der Konsumenten zugunsten eines Machtzuwachses auf seiten der Unternehmer; sie werden zu "Dirigenten wichtiger Teile des Wirtschaftsprozesses" und sind "nicht mehr Agenten, die genau den Weisungen der Konsumenten folg(t)en".⁶¹⁾

Ähnlich wie für FIKENTSCHER beruht schon für EUCKEN eine "menschenwürdige Ordnung der Wirtschaft", die "der Vernunft oder der Natur des Menschen und der Dinge entspricht" auf der selbstverantwortlichen Gestaltung des Lebens in diesem Bereich⁶²⁾. Hier klingt wieder die verfassungsrechtliche Problematik an, auf die EUCKEN an anderer Stelle auch ausdrücklich hingewiesen hat⁶³⁾.

57) vgl. auch NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 27: "die rechtliche Freiheit des Verbrauchers, ob, was, wieviel und wo er Güter erwerben will".

58) EUCKEN, Grundlagen, S. 83 f.

59) EUCKEN, Grundlagen, S. 96, aber auch S. 201.

60) EUCKEN, Grundlagen, S. 202.

61) EUCKEN, Grundlagen, S. 193.

62) EUCKEN, Grundlagen, S. 239 f.; vgl. auch oben B. II. 2. (S. 68/69).

63) Grundlagen, S. 101: "Den Unterschied von Konkurrenz und Monopol zu verwischen, liegt im Interesse wirtschaftlicher Machtgruppen. Dadurch... werden die besonderen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Probleme, die das Vorhandensein privater Machtkörper stellt, verschleiert."

3. Der Konflikt der wirtschaftlichen Freiheiten

Alle wirtschaftlichen Freiheiten sind Ausfluß der allgemeinen persönlichen Entfaltungsfreiheit des Art. 2 I GG ⁶⁴⁾. Grundsätzlich immer geht die freie Entfaltung einer Person auf Kosten der Entfaltungsfreiheit anderer Personen, mit denen sie in einer sozialen Beziehung steht. Hieraus ergeben sich Konflikte der individuellen Freiheitsrechte.

a) Grundrechtsgüterkonflikte nach FIKENTSCHER

FIKENTSCHER stellt folgende Konflikte fest:

- aa) Zwischen Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Kunden. Je weiter die Mitbewerber im Vollzug ihres Entfaltungsrechts (auf Ausdehnung ihres Markteinflusses) ihre marktstrategische Stellung ausbauen, desto mehr wird mit den Kundenalternativen im früher beschriebenen Sinne das Entfaltungsrecht der Marktgegner eingeschränkt. ⁶⁵⁾
- bb) Zwischen der Vertragsfreiheit der Mitbewerber und der Wettbewerbsfreiheit der Kunden. Mitbewerber, die in Vollzug ihres Entfaltungsrechtes in seiner Gestalt der Vertragsfreiheit Kartellverträge schließen, beschränken gleichfalls die Kundenalternativen im früher beschriebenen Sinne. ⁶⁶⁾
- cc) Zwischen Eigentumsrecht und Wettbewerbsfreiheit. FIKENTSCHER zieht unter dieser Gruppe die beiden Konflikte cc₁) Eigentumsrecht der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und cc₂) Eigentumsrecht der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Kunden zusammen. Er denkt dabei an Monopolstellungen, die sich in Eigentums-, Inhaber- oder anderen subjektiven Beherrschungsrechten ausdrücken (Beispiel: "marktbeherrschende Patente"). Ausgenommen wird das "reine Marktmacht-Monopol, das keinen subjektiven Rechtsschutz genießt". ⁶⁷⁾
- dd) Zwischen Vertragsfreiheit der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit gleichfalls der Mitbewerber. Die Ausübung der Vertragsfreiheit durch Kartellbildung

64) vgl. MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, § 17 I; NIPPERDEY, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 876/77 und die S. 768 F. 122/123 Zitierten; FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 78, 79, 216; anders nur die Vertreter der Persönlichkeitskerntheorie, vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2, Anm. III 6 c a.E. und die bei NIPPERDEY, Grundrechte, S. 769 F. 124 u. 125 Zitierten.

65) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 78/79 u. 82/83; "Kollision gleichartiger Grundrechtsgüter".

66) Wettbewerb, S. 80, "Kollision andersartiger Grundrechtsgüter".

67) Wettbewerb, S. 81 mit 86.

schränkt die Wettbewerbsfreiheit (Streben nach größerer Unabhängigkeit und größerem Markteinfluß ⁶⁸⁾ der Mitbewerber ein. ⁶⁹⁾

b) Von FIKENTSCHER nicht verfolgte Konflikte

FIKENTSCHER konzentriert die verfassungsrechtliche Betrachtung der Wettbewerbsbeschränkungen nur auf die folgenden Konflikte:

oben aa) Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Kunden,

oben dd) Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und Vertragsfreiheit der Mitbewerber sowie

oben cc₁) Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber und Eigentum der Mitbewerber. ⁷⁰⁾

Er will mit Hilfe dieser Aufteilung das Verhältnis des Grundgesetzes zu "materiellen Wettbewerbsbeschränkungen", zu "vertraglichen formalen Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere Kartellen" und zu "vielen formalen Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand" auffinden ⁷¹⁾.

Die Konflikte

oben bb) Vertragsfreiheit der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit und

oben cc₂) Eigentum der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Kunden läßt FIKENTSCHER dagegen stillschweigend wieder fallen ⁷²⁾.

ee) Das Eigentumsrecht kann nicht nur in der Form marktbeherrschender Patente die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber oder der Kunden ausschalten ⁷³⁾, - wobei der Ausschluß der Kundenfreiheit sich immer aus der Ausschaltung der Mitbewerberfreiheit ergeben wird - sondern das Eigentum kann auch kraft seiner relativen Ballung in den Händen weniger Mitbewerber deren Wettbewerbsfreiheit und damit die der Kunden ausschalten.

Auch insoweit liegt möglicherweise eine verfassungsmäßige Entscheidung vor, nach der etwa die Wettbewerbsfreiheit der Kunden zu schützen ist vor dem Gebrauch des Eigentums der Mitbewerber, und zwar des Eigentums als Inbegriff

68) Wettbewerb, S. 79 Mitte.

69) Wettbewerb, S. 82/83.

70) Wettbewerb, S. 82/83 und 83/84.

71) Wettbewerb, S. 79 unten, 80 unten, 81 Mitte.

72) Wettbewerb, S. 82/83 gegenüber S. 80 unten u. S. 81 mit 86; dann aber S. 86, wo unter Nr. 3 der zuletzt genannte Konflikt dennoch kurz entschieden wird.

73) Wettbewerb, S. 86 Nr. 3; oben B. III. 3. a cc) (S. 73).

aller vermögenswerten subjektiven öffentlichen und privaten Rechte der Unternehmen. 74)

ff) Ein weiterer Konflikt, den FIKENTSCHER auch nicht anführt, besteht zwischen der Vertragsfreiheit der Kunden und der Wettbewerbs-, Vertrags- und Eigentumsfreiheit der Mitbewerber. Je weiter sich ein Konkurrent, in seinem Bestreben nach größerer Unabhängigkeit und größerem Markteinfluß im Wettbewerb entfaltet (Wettbewerbsfreiheit) 75) und dabei seine Eigentumsbildung fördert (Eigentum im Sinne des Art. 14 GG), 76) bzw., je weitergehend er diese Ziele im Verein mit anderen durch Abschluß von Kartellverträgen erreicht (Vertragsfreiheit), umso mehr wird nicht nur die Wettbewerbsfreiheit der Kunden 77), sondern zugleich deren Vertragsfreiheit beeinträchtigt. Das freie Walten der Verkehrskräfte und die Selbstbestimmung der Beteiligten wird ersetzt durch das Diktat der Mitbewerber.

c) Die Vertragsfreiheit der Kunden als Konfliktgut

aa) RAISER vor allem hat auf diesen zuletzt genannten Konflikt aufmerksam gemacht 78). Danach verändert sich die wirtschaftliche Funktion der Vertragsfreiheit wesentlich (wenn sie nicht in ihr Gegenteil verkehrt wird), sobald sich ein Vertragspartner dem Wettbewerb zu entziehen vermag. "Der Vertrag wird dann zum Instrument der Herrschaft über den anderen Vertragsteil" 79).

bb) Davor schon hat BIEDENKOPF als von einem geltenden Grundsatz davon gesprochen, "daß die Freiheit eines jeden ihre immanente Grenze in der gleichen Freiheit aller anderen hat". Die Forderung laute deshalb nicht: Freiheit schlechthin, sondern: Freiheit und Gleichheit. 80)

74) Diesen Gesichtspunkt hat FIKENTSCHER mit dem "reinen Marktmacht-Monopol" ausdrücklich ausgeklammert, vgl. oben B.III. 3. a. cc) (S. 73); zwar genießt dieses Monopol als solches keinen Eigentumsschutz, wohl aber in den es konstituierenden vermögenswerten Rechten.

75) vgl. auch FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 79 Mitte.

76) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 81 oben.

77) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 78/79 u. 82/83 u. 80; auch oben B.III. 3. a aa) u. bb) (S. 73).

78) JZ 58, 1 ff.

79) JZ 58, 3 I. Sp.; vgl. auch BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22, Anm. 102 dritter Absatz.

80) Grundsatzfragen, S. 30; vgl. ferner LEIBHOLZ, Strukturprobleme, S. 131 These 9: "In der Gleichheit eine Voraussetzung der Freiheit zu suchen, ist ... geradezu die Aufgabe des 20. Jahrhunderts"; BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 83: "Art. 2 I 1 GG sichert, wenn man die wirtschaftliche Vertragsfreiheit überhaupt in ihm mitgeregelt sieht, nicht nur die Freiheit, sondern auch ihre Bindung durch den Gleichheitssatz".

Zwar spricht BIEDENKOPF auch von der "Idee der gleichen Freiheit im Sinne der Gerechtigkeit und des christlichen Naturrechts" ⁸¹⁾. Daraus darf man aber nicht schließen, daß BIEDENKOPF die Freiheit nur in diesem letzten, "idealen" Sinne definiert wissen will, auch dort, wo es um ihre Verwirklichung auf einem Teilgebiet wie im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen geht. Dort ist das Anliegen eben nicht die "Versöhnung der natürlichen Ungleichheiten mit der Gerechtigkeit durch die christliche Liebe", also eine sozialpolitische Zielsetzung, wie etwa KUHR annimmt ⁸²⁾. Die Verwirklichung dieser Forderung des Sozialstaatsprinzips der Art. 20 I mit 79 III GG, die damit gemeint ist, und durch die die wirtschaftlichen (und bildungsmäßigen) Mindestvoraussetzungen für eine freie Entfaltung der Persönlichkeit in Richtung auf die Verwirklichung der Menschenwürde geschaffen werden sollen, muß besonderen Gesetzen vorbehalten bleiben. Sie kann nicht mit Hilfe des Gleichheitssatzes in das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen hineininterpretiert werden. ⁸³⁾

Im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen geht es auch nach Auffassung BIEDENKOPFS um Gleichheit nur in dem begrenzteren Sinne der privatrechtlichen Gleichordnung ⁸⁴⁾. Eine Gefährdung der so verstandenen Gleichheit durch die Freiheit ist trotz der unvermeidlich unterschiedlichen Ausgangslage der einzelnen nicht zu befürchten, "solange unter den Rechtssubjekten neben der rechtlichen auch eine annähernde, das heißt relative, Machtgleichheit besteht Rechtlich bedeutsam wird die Störung des Gleichgewichtes erst, wenn sie durch wirtschaftliche Macht verursacht wird, die nicht auf dem Gebrauch unterschiedlicher Fähigkeiten und dem Schutz des Eigentums, sondern auf dem kollektiven Gebrauch von Freiheitsrechten beruht" ⁸⁵⁾ oder die "einer wirtschaftlichen Sonderstellung entspringt" ⁸⁶⁾. Noch klarer ist der Gedanke in einer früheren Abhandlung ausgedrückt. Dort ist als wesentlich hervorgehoben, daß das Privatrecht auf der Gleichordnung der Rechtsträger beruht ⁸⁷⁾. Durch die Freiheitsrechte aller anderen wird der einzelne nach dem Willen der Rechtsordnung im Gebrauch seiner Macht beschränkt ⁸⁸⁾. Das ist dann nicht mehr der Fall, "wenn

81) Grundsatzfragen, S. 31.

82) Demokratie, S. 156.

83) vgl. auch RAISER, JZ 58, 6 F. 31.

84) so zutreffend FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 81 unten, unter Hinweis auf frühere Veröffentlichungen BIEDENKOPFS in BB 56, 473 u. 974; vgl. aber auch BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 106 ff.

85) BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 31.

86) BIEDENKOPF, Grundsatzfragen, S. 31.

87) BB 56, 477 I. Sp. unten und 974 f.

88) BB 56, 477 Mitte.

es dem einzelnen gelingt, durch Häufung von Macht die Realisierung der Freiheiten anderer in Frage zu stellen" ⁸⁹⁾. Vergegenwärtigt man sich, daß zu den Freiheiten der anderen vor allem deren Vertragsfreiheit gehört, dann ergibt sich die Übereinstimmung der Auffassungen von BIEDENKOPF und RAISER. ⁹⁰⁾

cc) Schließlich ist an EUCKEN und den ORDO-Gedanken der "FREIBURGER SCHULE" zu erinnern. Wenn EUCKEN eine "selbstverantwortliche" Gestaltung des Lebens im wirtschaftlichen Bereich anstrebt ⁹¹⁾, wenn er von dem Ziele eines durch die "Weisungen der Konsumenten" gesteuerten Wirtschaftsprozesses spricht ⁹²⁾ und wenn er die verfassungsrechtliche Problematik privater Machtballungen betont ⁹³⁾, so denkt er dabei an die Lösung des Konfliktes zwischen den Freiheiten der Mitbewerber und der Vertragsfreiheit der Kunden. Denn in dem Einzelvertragsschluß auf dem Markt liegt der einzig mögliche Ansatzpunkt für die Konsumenten, sowohl zur Einflußnahme auf das Marktgeschehen, als auch zur selbstverantwortlichen Befriedigung ihrer Konsumbedürfnisse.

dd) Wie kommt es nun, daß FIKENTSCHER den Gleichordnungsgrundsatz der Privatrechtsordnung einen Gesichtspunkt nennen kann, der - von BIEDENKOPF Arbeiten abgesehen - bisher in der rechtlichen Erörterung noch nicht vorgekommen und - auch von FIKENTSCHER selbst wird er es nicht - noch nicht wieder aufgegriffen worden sei? ⁹⁴⁾ Diese Behauptung ist um so schwerer zu erklären, als der Sache nach sich nämlich auch FIKENTSCHER den zuvor Genannten zu nähern scheint, wenn er zum Ergebnis kommt: "Es verstößt gegen das Grundgesetz, wenn ein oder mehrere Mitbewerber ihren Markteinfluß so weit ausdehnen, daß eine nach den objektiven Verhältnissen mögliche Kundenwahl darüber so stark beeinträchtigt wird, daß der Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit der Kunden betroffen wird" ⁹⁵⁾.

Der Grund dafür dürfte in folgendem zu suchen sein:

FIKENTSCHER dringt gar nicht bis zum Einzelvertragsschluß auf dem Markte

89) BB 56, 477 r. Sp.

90) RAISER hatte den hier behandelten Konflikt schon im Jahre 1935 erkannt: "Die (Vertrags-)Freiheit sollte ihr natürliches Regulativ finden in den wirtschaftlichen Gesetzen des Marktes, die die Nachfrage auf das jeweils günstigste Angebot lenken"; vgl. Geschäftsbedingungen, S. 277; er konnte ihn aber wegen der damaligen Verfassungslage nicht anders als mit Hilfe des Gemeinschaftsgedankens lösen; vgl. Geschäftsbedingungen, S. 279.

91) Grundlagen, S. 239 f.; vgl. auch oben B. II. 2. (S. 69 ff.).

92) Grundlagen, S. 193.

93) Grundlagen, S. 101; vgl. auch oben B. III. 2. (S. 72 f. 63).

94) Wettbewerb, S. 81 unten.

95) Wettbewerb, S. 85 Mitte.

vor. Ihn interessiert fast ausschließlich die Wettbewerbsbeschränkung durch "Maßnahme", d. h. nach FIKENTSCHER, durch Rechtshandlungen zeitlich vor dem Einzelvertragsschluß auf dem Markt ⁹⁶⁾. Sie wirken sich zunächst und unmittelbar nur auf das "Streben der Kunden nach möglichst reichhaltigem Angebot und nach Freiheit der Kundenwahl" - nach FIKENTSCHER eben die Wettbewerbsfreiheit der Kunden ⁹⁷⁾ - aus. Daraus folgt, daß solche "Maßnahmen" bereits im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit der Kunden bewertet werden können, ohne daß die mittelbar gleichfalls berührte Vertragsfreiheit bemüht zu werden braucht. Das sind die oben B.III.3.a zitierten Fälle aa) und bb).

Unter den Konflikt aa) zwischen den Wettbewerbsfreiheiten beider Marktseiten ⁹⁸⁾ fällt der "Ausbau" einer marktstrategischen Stellung ⁹⁹⁾, d. h., die Ausdehnung des Markteinflusses durch ein Verhalten, das verschieden von demjenigen ist, das dem "Aufbau" und der "Aufrechterhaltung" der marktstrategischen Stellung dient. Solch letzteres Verhalten ist - wie schon gesagt - als wettbewerbsbeschränkender "Zustand" für FIKENTSCHER als Objekt der Bewertung uninteressant. Erst die weiteren "Maßnahmen" stehen zur Bewertung. Sie können wieder gegen die Wettbewerbsfreiheit der Kunden abgewogen werden, so daß es zur Betrachtung der Vertragsfreiheit nicht mehr kommt.

Wo FIKENTSCHER die weitere Form der Wettbewerbsbeschränkung, nämlich durch Eigentum im engeren Sinne subjektiver Beherrschungsrechte, behandelt (oben B.III.3.a Fall cc)), geht es zwar um eine Wettbewerbsbeschränkung durch "Zustand", für die kennzeichnend ist, daß sie in keiner "Maßnahme" zutage tritt, sondern erst in einem Marktverhalten, d. h. aber, bei Abschluß von Einzelverträgen auf dem Markt. Da aber FIKENTSCHER nach keinem Unwerturteil über wettbewerbsbeschränkende "Zustände" sucht, entzieht sich ihm der mögliche Konflikt des Eigentums der Mitbewerber, insbesondere auch im weiteren Sinne des Art. 14 GG, mit der Vertragsfreiheit der Kunden. Für ihn wird erst wieder die Ausnutzungshandlung verfassungsrechtlich relevant. Die Ausnutzungshandlung aber kann nicht mehr mit der Vertragsfreiheit in Konflikt gebracht werden, da die Vertragsfreiheit nur und bereits durch den der Ausnutzungshandlung zugrundeliegenden wettbewerbsbeschränkenden "Zustand" betroffen wird.

96) Weiter faßt BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 115 und F. 22 dortselbst, den Begriff der "Maßnahme". Er zählt zu ihr außer Rechtshandlungen auch das typisch oligopolistische, bewußte Gleichverhalten. Entsprechend enger ist der Begriff des "Zustandes" zu verstehen. Diese Einteilung liegt unausgesprochen auch dieser Arbeit zugrunde.

97) Wettbewerb, S. 79 Mitte.

98) vgl. auch FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 82/83 u. 85 5.

99) Wettbewerb, S. 79.

Ein Konflikt ist jetzt nur noch zwischen der Eigentumsfreiheit der Wettbewerber und dem Eigentum i. w. S. der Kunden möglich. Auf ihn geht aber FIKENTSCHER nicht ein ¹⁰⁰⁾ 101).

ee) Die Konflikte der Grundrechtsgüter im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung auf dem Markt können nicht richtig gewürdigt werden, wenn man nur auf das dem Einzelvertragsschluß vorangehende, selbständig faßbare Geschehen ("Maßnahmen") oder auf das Ergebnis des Vertragsschlusses (die Konsequenz der "wettbewerbsbeschränkten Zustände") abstellt. Es kommt gerade entscheidend auf den Vertragsschluß als solchen auf dem Markte an.

Wenn FIKENTSCHER selbst als das Wesen der Kundenfreiheit das "Streben nach möglichst reichhaltigem Angebot und nach Freiheit der Kundenwahl" bezeichnet, dann bringt er zum Ausdruck, was früher bei der Ableitung des Wettbewerbsbegriffs als die Funktion der Kunden im Wettbewerbsprozeß erkannt wurde: Das Wählen zwischen einer Mehrzahl von Angeboten, von denen sich einzelne womöglich als günstiger erweisen. Diese Wahl findet nur und erst beim Einzelvertragsschluß statt ¹⁰²⁾. Das bloße "Streben" der Kunden ist irrelevant, da es als innerer Vorgang mit fremden Freiheitsrechten nicht in Konflikt stehen kann. Es überrascht daher, daß FIKENTSCHER sich nicht durch diesen Gesichtspunkt zu einer Betrachtung der Vertragsfreiheit der Kunden genötigt gesehen hat.

Die von FIKENTSCHER und im Anschluß daran oben ergänzend genannten Grundrechtsgüterkonflikte zwischen den Wettbewerbsfreiheiten der Marktpartner und zwischen Eigentum der Mitbewerber und Wettbewerbsfreiheit der Kunden sind somit letztlich auf einen Konflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit oder Eigentum der Mitbewerber mit der Vertragsfreiheit der Kunden zurückzuführen.

d) Das Eigentum i. w. S. der Kunden als Konfliktsgut

Das Auffinden der Vertragsfreiheit der Kunden als entscheidendes Konfliktsgut eröffnet den Blick auf ein letztes beteiligtes Grundrechtsgut: das Eigentum im Sinne aller vermögenswerten öffentlichen und privaten Rechte der Kunden. In dem Maße, wie die Vertragsfreiheit der Kunden eingeschränkt wird, kann sich beim Gütertausch auf dem Markte die Summe der vermögenswerten Rechte der Kunden vermindern, verglichen mit der Lage bei völliger Vertragsfreiheit.

100) vgl. oben B. III. 3. b (S. 74).

101) vgl. oben S. 78 f. 96.

102) vgl. oben A. II. 4 (S. 43 f.), besonders auch den zweiten Teil der Wettbewerbsdefinition.

Die Wirtschaftswissenschaften sagen uns, daß sie es tun ¹⁰³⁾.

e) Die relevanten Konflikte

Es stehen sich also gegenüber:

Wettbewerbsfreiheit sowie Eigentum der Mitbewerber und Vertragsfreiheit sowie Eigentum der Kunden.

4. Die Entscheidung der Verfassung

Das Grundgesetz gewährt Entfaltungsfreiheit (Art. 2 I GG) und Eigentumsschutz (Art. 14 I 1 GG) allen Personen gleichermaßen. Da aber, wie gezeigt, Entfaltungsfreiheit und Eigentum der einen zur Unfreiheit und zum Eigentumsverlust der anderen führen können, gilt es, das verfassungsmäßige Urteil über das Verhältnis der Grundrechtsgüter zueinander zu finden.

a) Art. 74 Nr. 16 und Nr. 11: Verfassungserheblichkeit privater wirtschaftlicher Macht

Die einzige Bestimmung des Grundgesetzes, die sich ausdrücklich mit wirtschaftlichen Machtstellungen beschäftigt, ist Art. 74 Nr. 16 GG. Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auf "die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen". Daraus ist nicht viel zu entnehmen. Denn es ist dem Gesetzgeber von der Verfassung nicht vorgeschrieben, was er unter einem "Mißbrauch" wirtschaftlicher Machtstellungen zu verstehen hat ¹⁰⁴⁾. Sicherlich aber hat die Vorschrift eine weitertragende Bedeutung als die einer bloßen Kompetenzverteilungsnorm ¹⁰⁵⁾. LERCHE bemerkt zutreffend, daß in Art. 74 die Nr. 16 unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzverteilung wegen der Nr. 11 überflüssig gewesen wäre, durch die dem Bund allgemein "das Recht der Wirtschaft" zugewiesen ist. Er sieht demnach in Art. 74 Nr. 16 GG eine ausnahmsweise "eindeutige Rechtsgutsprägung" des Verfassungsgebers auf wirtschaftlichem Gebiet. ¹⁰⁶⁾ Die Eindeutigkeit dürfte aber - mehr noch als

103) vgl. über die steigende Tendenz der Oligopolpreise in der Entwicklung von einer autonomen Preispolitik zur abgestimmten etwa HEUSS, WwA Bd. 84, 175; SHUBIK, Strategy, S. 252, spricht von "upward testing the market"; LAMPERT, Jb. f. Nat. Ök. u. Stat. 1960, 226, für die sogenannte "barometrische Preisführerschaft"; bestr.: a. A. etwa GABRIEL, WuW 61, 809.

104) vgl. auch v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 74, Anm. 2 zu Nr. 16.

105) das letztere nimmt etwa FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 81/82 an.

106) LERCHE, Übermaß, S. 226 F. 266.

bei der ausführenden Regelung des viel später erlassenen GWB - darunter leiden, daß dem Verfassungsgeber das Wesen wirtschaftlicher Machtstellungen nicht in seiner ganzen Vielschichtigkeit gegenwärtig gewesen sein dürfte. Immerhin läßt sich der Vorschrift entnehmen, welch große Bedeutung der Verfassungsgeber dem Phänomen der privaten Macht jedenfalls auf wirtschaftlichem Gebiet beigemessen hat.

Das kommt auch in den Beratungen über die Formulierung der Nr. 16 zum Ausdruck, bei denen auch die Notwendigkeit, schon die Entstehung "unnötiger wirtschaftlicher Machtstellungen" zu verhüten, erkannt, die Kompetenz hierfür allerdings schon in der Nr. 11 als mitenthalten erklärt worden ist ¹⁰⁷⁾.

b) Art. 19 II GG als Grenze privater Freiheitsbeschränkung

Die äußerste Grenze für die Ausübung der verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten setzt Art. 19 II GG: "In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden." Dieser Satz ist auch im Verhältnis Privater zueinander anwendbar. Zwar hat man wohl bisher bei Art. 19 II GG nur an die gesetzlichen Einschränkungen der Grundrechte im Sinne von Art. 19 II GG gedacht ¹⁰⁸⁾. Das entspricht der Systematik der Vorschrift ¹⁰⁹⁾. Doch folgt der erweiterte Geltungsbereich der Einschränkungsgrenze aus dem erweiterten Geltungsbereich der Grundrechte selbst.

aa) Drittwirkung des Art. 19 II GG allgemein

Nach überzeugender Auffassung (besonders NIPPERDEYS) haben die Grundrechte, insbesondere der freien Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 I GG) und des Eigentums (Art. 14 I GG), nicht nur die klassische Abwehrfunktion gegenüber dem Staate, sondern eine absolute Wirkung als objektives Verfassungsrecht ¹¹⁰⁾. Diese Lehre von der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte ist heftig umstritten ¹¹¹⁾. Abgelehnt wird sie vor allem von KLEIN ¹¹²⁾. Sie scheint sich je-

107) vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 74, Anm. 1 zu Nr. 11, Mitte.

108) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 84.

109) Deshalb kann man nicht schon allein aus dem, für sich genommen, neutralen Inhalt des Abs. 2 die erweiterte Geltung des Art. 19 II GG folgern, wie dies FIKENTSCHER tut.

110) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 15 II 4 b und 5 b; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 747 ff.; FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 89 f.

111) vgl. zum Streitstand die ausführliche Gegenüberstellung bei ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 15 Fußn. 62 sowie ergänzend NIPPERDEY, Grundrechte, S. 747 F. 26.

112) v. MANGOLDT-KLEIN, Grundgesetz, Vorb. A II 4.

doch durchzusetzen ¹¹³⁾.

Grundlegend für die Annahme eines erweiterten Geltungsinhaltes einzelner Grundrechtsbestimmungen ist die Einsicht in das Wesen der modernen Verfassung des Grundgesetzes. Das Grundgesetz will, wie es in seiner Präambel besonders hervorhebt, dem staatlichen Leben eine neue Ordnung geben. Darunter kann aber nicht nur die Grundlegung der staatlichen Organisation, sondern muß die Gesamtordnung des Lebens im Staate verstanden werden. Das zeigt sich vor allem bei den Grundsatznormen des Grundrechtskatalogs. Diese sind "so sehr der allgemeine Ausdruck der Prinzipien, die in einer gut, gerecht, freiheitlich und sozial geordneten Gesellschaft bestehen müssen, daß ihre Bedeutung nicht auf das Verhältnis von Staat und Bürger beschränkt sein kann" ¹¹⁴⁾. Es wird, etwa im Hinblick auf die umfassende Freiheitsgarantie des Art. 2 I GG, mit Recht die Vorstellung als abwegig empfunden, nur der Staat sei daran gehindert, die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu beeinträchtigen ¹¹⁵⁾.

Mit NIPPERDEY ist die Frage einer Drittwirkung des einzelnen Grundrechts nach seiner Natur zu entscheiden ¹¹⁶⁾.

Bei Art. 2 I GG fehlt es an einem irgendwie gearteten Hinweis, daß sich diese Norm nur gegen den Staat richten kann. Aus ihrem Charakter als Grundsatznorm ergibt sich daher ihre Geltung auch für die soziale Beziehung der Bürger untereinander.

Schwieriger ist die Entscheidung für Art. 14 I GG zu finden. Nach dem Wortlaut der Bestimmung werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. NIPPERDEY entnimmt hieraus, daß maßgebend für den Privatrechtsverkehr allein die zur Konkretisierung dieser Verfassungsbestimmung erlassenen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Gesetze, namentlich also das BGB, seien ¹¹⁷⁾. Unmittelbare Bedeutung für das Privatrecht habe dagegen die in Art. 14 II GG ausgesprochene Sozialbindung des Eigentums ¹¹⁸⁾.

113) vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 15 Fußn. 62 a. A. und vor allem LEISNER, Grundrechte.

114) vgl., auch zum Vorstehenden, NIPPERDEY, GrundR., S. 750.

115) vgl. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 90 Mitte.

116) Grundrechte, S. 752; auch FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 90; Grundrecht ist nach h. M., entgegen v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2 Anm. III 3 b, auch Art. 2 I GG.

117) Grundrechte, S. 752 Mitte.

118) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 15 a. E.

Gerade die Sozialbindung des Eigentums belastet dieses aber mit einer Pflichtigkeit, die den Inhalt des Eigentums und die Schranken seiner Ausübung abweichend vom und ergänzend zum BGB festlegt. Sie ergänzt damit die privatrechtliche Regelung des BGB von Verfassungs wegen. Beide gemeinsam also, Verfassung und einfaches Gesetz, sind maßgebend für Inhalt und Schranken des Eigentums.

Auch von Gegnern einer Drittwirkung im eigentlichen Sinne wird eine objektive verfassungsrechtliche Wirkung wenigstens bei den Grundrechtsbestimmungen als Einrichtungsgarantien und Grundsatznormen angenommen ¹¹⁹⁾. KLEIN rechnet hierzu vor allem Art. 14 I GG ¹²⁰⁾, aber auch Art. 2 I GG ¹²¹⁾, da der Grundgesetzgeber in dieser Bestimmung die tragende Entscheidung für das Verhältnis des einzelnen zum Staat, aber auch zum Mitbürger und zur Allgemeinheit getroffen habe ¹²²⁾. Der Streit geht insoweit nur noch um den Inhalt der Drittwirkung der Grundrechtsbestimmungen: Hat der einzelne Bürger gegenüber dem anderen ein subjektives öffentliches oder privates Recht ¹²³⁾ oder beschränkt sich der Inhalt der Drittwirkung auf die Wirkung als höherrangige Norm gegenüber niederrangigen Rechtssätzen ¹²⁴⁾. Auf die hierzu vorgebrachten Argumente ¹²⁵⁾ kann im einzelnen hier nicht eingegangen werden.

bb) Drittwirkung des Art. 19 II GG im Wettbewerbsrecht

Gilt danach die Einschränkungsgrenze des Art. 19 II GG wegen der Drittwirkung der Grundrechte auch im Verhältnis Privater zueinander, so fragt sich nun, wann die Grenze erreicht ist, von der ab das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird.

1. FIKENTSCHER: Unmittelbare Anwendung des Art. 19 II GG für jeden Markt

Nach FIKENTSCHER ist die Wettbewerbsfreiheit der Kunden in ihrem Wesensgehalt angetastet, wenn eine "nach den objektiven Verhältnissen mögliche Kundenwahl ... so stark beeinträchtigt wird, daß der Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit der Kunden betroffen wird" ¹²⁶⁾. Mit dieser Formulierung geht

119) v. MANGOLDT-KLEIN, Vorb. A II 4 e.

120) v. MANGOLDT-KLEIN, Vorb. A VI 4 a.

121) v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2, Anm. III 1, 2 a.A., 3 a.A.

122) v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2, Anm. III 3 a.A.

123) so die Vertreter der Drittwirkung.

124) so v. MANGOLDT-KLEIN, Vorb. A II 4 e Mitte.

125) vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Vorb. A II d.

126) Wettbewerb, S. 85.

FIKENTSCHER stillschweigend davon aus, daß nicht auf die Einschränkung der Entfaltungsfreiheit insgesamt und nicht die Einschränkung ihrer einen Erscheinungsform der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als ganze, sondern schon auf die Einschränkung der freien Betätigung auf dem einzelnen Markt abzustellen sei. M. a. W., das Grundrecht des Art. 2 I GG werde in seinem Wesensgehalt getroffen, wenn auf einem einzigen Markt der Wettbewerb im wesentlichen beseitigt sei. 127)

Dieser Auffassung kann schon von ihrer Konsequenz her nicht gefolgt werden. Sie würde nämlich dazu zwingen, nicht nur Privaten, sondern auch dem Staat die Durchführung des Wettbewerbs auf allen Märkten zu gebieten, auch dort, wo dies dem Gemeinwohl zuwiderlaufen müßte. Außerdem bestehen ernste Zweifel, ob denn die Beschränkung des Wettbewerbs schon auf einem Markt die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Kunden in ihrem Wesen beeinträchtigt.

Der Umfang des Wesensgehalts der Grundrechte bestimmt sich nach der Bedeutung, die das Grundrecht nach seiner Einschränkung noch für das soziale Leben im ganzen besitzt 128). Weitergehende Maßstäbe für die Beurteilung gibt es nicht. Maßgebend ist also letztlich, was vom BUNDESVERFASSUNGSGERICHT als das "rechtlich geläuterte Urteil" des Betrachters, vom REICHSGERICHT im Zusammenhang mit den "guten Sitten" als das Urteil "aller billig und gerecht Denkenden", von v. MANGOLDT-KLEIN zweifelnd als die an geheiligte Überlieferungen gebundene "Einstellung der Sozialgemeinschaft" 129) oder von der Auslegungslehre als das Urteil der Kulturschicht bezeichnet wird, die im Zeitpunkt der Betrachtung "dem Willen der Gesamtheit auf dem Gebiete des Rechts Inhalt verlieh" 130).

Als das Wesen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Kunden in der hier interessierenden Erscheinungsform der Konsum- und Vertragsfreiheit wurde die grundsätzliche Möglichkeit für den einzelnen erkannt, sein Leben im Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs selbstverantwortlich zu gestalten 131). Die Freiheit in diesem Lebensbereich ist wegen dessen entscheidender Bedeutung für die Schaffung der unerläßlichen materiellen Grundlagen eines menschenwürdigen

127) in diesem Sinne wird FIKENTSCHER auch von FUCHS, Kartellverbot, S. 73 F. 44, verstanden.

128) v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19, Anm. V 5, im Anschluß an BVerfG v. 7.5.53 - 1 BvL 104/52 -.

129) vgl., auch für das Vorstehende, v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 19, Anm. V 5.

130) vgl. BARTHOLOMEYCZIK, Gesetzesauslegung, 4. a (S. 43) und b (S. 44).

131) vgl. oben B. III. 2. (S. 70 ff.) und B. III. 3. c (S. 75 ff.).

Daseins zugleich Wesensbestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit. Wird sie in einer Weise eingeschränkt, daß ihr Zweck beeinträchtigt ist, so ist Art. 2 I GG verletzt. Die Freiheit und Selbstverantwortlichkeit im Wirtschaftsverkehr ist aber nicht schon durch ihre Ausschaltung auf dem Markt eines einzigen Gutes oder einer Dienstleistung beeinträchtigt. Die Unterwerfung unter dieses eine zentral gesteuerte Angebot eines Gutes, selbst des lebenswichtigen Bedarfs, beläßt dem einzelnen auf zahllosen anderen, teilweise sicher ebenso wichtigen Märkten, die freie Entscheidung und eigenverantwortliche Gestaltung seiner Bedürfnisbefriedigung. Bei vernünftiger Betrachtung wird man aufs Ganze gesehen sagen müssen: Trotz der einen Ausnahme bestimmt der einzelne im wirtschaftlichen Verkehr insgesamt immer noch selbstverantwortlich sein Leben.

Entsprechendes gilt für die Beeinträchtigung des Eigentums der Kunden durch den Gebrauch von Eigentum oder Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber. "Überhöhte" Preise auf einem Markt gefährden wohl kaum jemals das Eigentum in seinem Wesensgehalt, da sie aufs Ganze gesehen nicht so gewichtig sein werden, den Zweck des Eigentums, als Grundlage eines menschenwürdigen Daseins zu dienen, zu vereiteln.

Selbstverständlich wird bei einer Häufung der Einschränkungen auf mehreren oder vielen Märkten irgendwann einmal die Grenze erreicht, wo das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet wird. Von dort her kann aber nicht bereits die einzelne Einschränkung als grundrechtsverletzend bewertet werden. Das Urteil nach Art. 19 II GG kann sich nämlich auch im privaten Bereich immer nur auf die konkrete private Maßnahme, auf den konkreten Vertragsschluß, beziehen, ebenso wie im Verhältnis zum Staate nur der einzelne Verwaltungsakt, das einzelne Gesetz, maßgebend sind.

2. Entgegen LEISNER: Entsprechende Anwendung des Art. 19 II GG für jeden Markt

Das bisherige Ergebnis ist, daß Art. 19 II GG zwar grundsätzlich auch im privaten Bereich gilt, daß aber praktisch nicht vorstellbar ist, wie eine private Wettbewerbsbeschränkung (auf einem einzelnen Markt) den Wesensgehalt des Grundrechts berühren kann.

Der hierin steckende Widerspruch ist nur ein scheinbarer. Er rührt daher, daß bisher bei der Frage nach der Beeinträchtigung des Wesensgehaltes des beteiligten wirtschaftlichen Grundrechts immer das Grundrecht als ganzes gesehen und ihm der einzelne privater Eingriff gegenübergestellt wurde, der das Grundrecht insgesamt aber nicht in seinem Wesensgehalt treffen kann.

Man darf aber nicht in dieser Weise die Freiheit von staatlichem Zwang ohne weiteres der Freiheit von privatem Zwang gleichsetzen. Dabei kann dahinstehen,

ob es nicht außerhalb des Wirtschaftslebens Bereiche gibt, die dem privaten Eingriff in der Intensität nach gleichem Maße offenstehen wie dem staatlichen. Das Verhältnis zweier Privater untereinander auf wirtschaftlichem Gebiet jedenfalls betrifft niemals den ganzen Umfang des Anspruchs auf Freiheit von privatem Zwang, sondern immer nur den Ausschnitt daraus, der sich gerade gegen die Partner des konkreten Marktes richtet. Anders ist es im Verhältnis des Bürgers zum Staat. Der Allmacht des Staates ist das wirtschaftliche Freiheitsrecht in seinem ganzen Umfang ausgesetzt. Der wesentliche Unterschied zwischen staatlicher und privater Gewalt ist also, daß der Staat das Freiheitsrecht in seiner Gestalt der wirtschaftlichen Betätigungs- oder Eigentumsfreiheit im ganzen bedrohen kann, während der einzelne Private mit seinem Einfluß notwendig auf denjenigen Ausschnitt aus diesen Freiheitsrechten beschränkt ist, den er beherrschen kann. Und das ist nur der Anteil der Freiheiten, der sich auf den konkreten Markt bezieht. Dieser Unterschied ist für die Übertragung der Grenzen des Art. 19 II GG auf die wirtschaftlichen Beziehungen Privater untereinander entscheidend.

Die Einschränkungsgrenze des Art. 19 II GG beruht auf dem Gedanken, daß der einzelne im wesentlichen selbstverantwortlich sein Leben gestalten soll. Dieses Ziel ist nur gewährleistet, wenn dem einzelnen dieses Recht für jeden Lebensbereich erhalten bleibt. Es gibt kein Maß, nach welchem die einzelnen Lebensbereiche kompensiert werden könnten, so daß ein Weniger an Freiheit in dem einen durch ein Mehr an Freiheit in dem anderen ausgeglichen würde. Denn im Mittelpunkt unserer Verfassungsordnung steht der Mensch, dem allein es überlassen bleiben muß, den Wert der einzelnen Bereiche für sich zu beurteilen. LEISNER nennt diese, auf einen geschlossenen Lebensbereich bezogene und garantierte Freiheit eine Qualität Freiheit, die sich qualitativ nicht weiter auflösen lasse¹³²⁾. Eine solche Qualität ist die wirtschaftliche Betätigungs- und Eigentumsfreiheit der Kunden.

Greift der Staat in sie ein, so hat er hierbei die Grenzen des Art. 19 II GG zu beachten. Da sie durch die Beschränkung der Freiheiten auf dem einzelnen Markt nicht überschritten wird, kann der Staat grundsätzlich auf einzelnen Märkten den Wettbewerb beschränken, solange nicht die Menge solcher Beschränkungen praktisch zur Aushöhlung der wirtschaftlichen Freiheiten führt. M. a. W., der Staat muß von der Qualität etwa der Kundenfreiheit ein Mindestquantum erhalten.

Bei der Begegnung Privater auf dem einzelnen Markt dagegen wird von vornherein nur ein Quantum der Qualität Kundenfreiheit berührt. Der Wettbewerber kann nun, im Gegensatz zum Staate bei seinem einzelnen Eingriff, nicht beur-

132) LEISNER, Grundrechte, S. 157.

teilen, inwieweit die Kundenfreiheit mengenmäßig schon durch staatliche, aber auch private Eingriffe auf anderen Märkten eingeschränkt ist. Für ihn ist daher das ihm gegenüberstehende Quantum der Kundenfreiheit zwangsläufig das um jeden Preis zu erhaltende Mindestquantum dieser Freiheit. 133)

Die Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß auch nicht die geringste Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kunden durch die Wettbewerber zulässig sein dürfte. Das wiederum hätte zur Folge, daß die Gesamtheit privater Beschränkungen auf wirtschaftlichem Gebiet gleich Null wäre. Damit wäre Art. 19 II GG auf einem Umweg von der Anwendung innerhalb privater Rechtsbeziehungen wieder ausgenommen. Den Grundrechten würde damit ein Schutz gewährt, den ihr Zweck nicht mehr erfordert.

Soll auch hier erst die Grenze des Art. 19 II GG maßgebend sein, so bleibt nur folgende Lösung: Die im Verhältnis zum Staat als Quantum erscheinende Wettbewerbsfreiheit der Kunden auf dem einzelnen Markt muß gegenüber dem Markttegner den Charakter einer eigenen Qualität besitzen. Das ist auch bei vernünftiger Betrachtung der Fall. Im Verhältnis Privater zueinander erscheint dieser Ausschnitt aus der Wettbewerbsfreiheit insgesamt der Kunden wie ein eigener geschlossener Lebensbereich.

Damit ist der Weg frei zur entsprechenden Anwendung des Kernbereichsdenkens. Als unantastbarer Kern erscheint im Verhältnis Privater zueinander - und nur das - dasjenige Mindestquantum an Wettbewerbsfreiheit, welches die prinzipiell freie Betätigung auf diesem konkreten Markt noch gewährleistet. 134)

Bei dieser Auffassung wird die Konsequenz vermieden, daß Private, die nur einen Ausschnitt aus einem größeren Lebensbereich beherrschen, sich gegenüber den Partnern größere Zurückhaltung auferlegen müssen als etwa Private, die irgend einen anderen Lebensbereich voll und in gleichem Maße wie der Staat selbst

133) Bei LEISNER, Grundrechte, S. 158, kommt es dagegen auf die begrenzte Einsicht des Wettbewerbers nicht an, da er den Kernbereich nicht aus der Sicht einmal des Staates, das andere Mal des Privaten, sondern im Wege einer objektiven Gesamtschau beurteilt, a. a. O. S. 189 Mitte, die immer auch schon fehlende Quanten umfaßt.

134) vgl. auch FUCHS, Kartellverbot, S. 73, F. 44, der gleichfalls eine direkte Übertragung der Schranken des Art. 19 II GG auf das Verhältnis Privater für unzulässig hält; auch SCHEUNER, Rechtsstaat, S. 262, warnt - wenn auch in anderem Zusammenhang - vor der zunehmenden Neigung, Art. 19 II GG eine möglichst weite Deutung zu geben und auch den sozial mächtigen Gruppen die Nutzung der persönlichen Freiheitsrechte ohne Einschränkung zuzugestehen.

beherrschen und die nur der Grenze des Art. 19 II GG unterworfen sind. Bleibt auf jedem Markt die Wettbewerbsfreiheit im Kern frei von privaten Beschränkungen, dann ist auch insgesamt der Kernbereich der Wettbewerbsfreiheit vor privaten Eingriffen gesichert, so daß dem Art. 19 II GG genügt ist.

c) Die Grundpflicht der Sozialität

Die Entscheidung der Verfassung ist aber nicht erst aus der Drittwirkung der Grundrechte und der entsprechenden Anwendung des Art. 19 II GG abzuleiten.

Bei der Begründung der Drittwirkung des Art. 14 I GG war die Rede von der Pflichtigkeit des verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentums, die ihm zum "Wohle der Allgemeinheit" auferlegt ist. Auch dies ist eine Grenze für den Gebrauch eines von der Verfassung gewährten Rechtsguts, die gegenüber den Verfassungsrechten anderer Rechtsgenossen gezogen ist. Gelingt es, sie für die auf dem Markt bestehenden Grundrechtsgüterkonflikte ¹³⁵⁾ zu fixieren, so steht damit die verfassungsrechtliche Entscheidung dieser Konflikte fest.

Der soziale Vorbehalt des Art. 14 II GG ist nichts anderes als die Konkretisierung des generellen Bekenntnisses zum Sozialstaat in Art. 20 I und Art. 28 I 1 GG ¹³⁶⁾, das als solches sämtliche Grundrechte und Gewährleistungen beherrschen muß. Die besondere Ausformung des Sozialstaatsprinzips in Art. 14 II GG für Eigentum und Erbrecht erklärt sich zum einen aus der sehr ausführlichen Inhaltsfestlegung gerade dieser Rechtseinrichtungen durch das Privatrecht, die den Gedanken aufkommen lassen könnte, diese Inhaltsbestimmung sei erschöpfend und unanfechtbar. Es lag daher nahe, auf die Geltung des Sozialstaatsprinzips auch in diesem Bereich besonders hinzuweisen. Zum anderen ist die soziale Übermacht, die auf der Ballung von Eigentum (im umfassenden Sinne aller vermögenswerten Rechtspositionen, einschließlich des Erbrechts) beruht, eine so offensichtliche Erscheinung, daß der Verfassungsgeber sie einer besonderen Regelung wert halten mußte.

Der sozialen Pflichtigkeit des Eigentums auf der einen Seite entspricht das soziale Interesse der Allgemeinheit auf der anderen Seite, das heißt aber, das Interesse nicht notwendig der Gesamtheit der Bürger, sondern derjenigen einzelnen, deren gleichfalls verfassungsmäßig geschützten Güter mit dem Eigentumsrecht des einen in Konflikt geraten. Daraus folgt, daß nicht nur Eigentumsrechte, sondern auch Eigentum und Entfaltungsfreiheit als pflichtiges und geschütztes Recht einander gegenüberstehen können ¹³⁷⁾.

135) vgl. oben B. III. 3. e (S. 80).

136) vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 14 Anm. V 2 a.

137) vgl. auch ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 15 a. E.

Als generell geltendes Verfassungsprinzip muß die Sozialbindung auch für die Entfaltungsfreiheit gelten. KLEIN nennt die Sozialstaatsklausel der Art. 20 I und 28 I 1 GG eine Grundnorm obersten Ranges, einen Grundsatz zur Auslegung bestehenden Rechtes, der vor keiner Bestimmung des Grundgesetzes haltmachen dürfe¹³⁸⁾. Auch ohne den Verfassungsvorbehalt des Art. 2 I GG, in dem auch der Gedanke des Sozialstaates in Bezug genommen ist¹³⁹⁾, muß man deshalb zu dem Ergebnis kommen, daß die Verbürgung der Freiheitsrechte in Art. 2 I GG nicht in einem vollen und unbeschränkten individualistischen Sinne verstanden werden darf¹⁴⁰⁾, sondern daß die Gemeinschaftsbindung ihnen von Anfang an immanent ist¹⁴¹⁾. Das Freiheitsrecht ist ursprünglich begrenzt durch die Grundrechte anderer - insbesondere also auch durch die gleiche Entfaltungsfreiheit aber auch durch das Eigentum.

Diese Begrenzung kommt zusätzlich in dem Vorbehalt des Art. 2 I GG zum Ausdruck, wonach die freie Entfaltung nicht die Rechte anderer verletzen und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen darf. Die "Rechte anderer" sind die festgefügtten Rechtsbeziehungen, die den Rechtskreis der Persönlichkeit umreißen¹⁴²⁾. Zu ihnen gehören auch die verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte der anderen, wie die Entfaltungsfreiheit und das Eigentum¹⁴³⁾. Das Bedenken FIKENTSCHERS, daß damit die Entfaltung des einen bereits da aufhören würde, wo der Entfaltungsspielraum des anderen beginnt, so daß praktisch nur eine rein geistige Entfaltung gesichert sei,¹⁴⁴⁾ ist unbegründet. Denn auch die Freiheiten der anderen sind ja nicht schrankenlos gewährleistet, sondern gleichfalls mit einem sozialen Vorbehalt belastet. Bis zu dieser Grenze ist eine Entfaltung möglich, ohne daß das Recht in seinem von der Verfassung gewährleisteten Umfang betroffen wird. Der Vorbehalt der Rechte anderer verweist also (am Ende) auch wieder auf den Sozialstaatsgedanken.

138) v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 20, Anm. VII 2 b a. A. und Mitte.

139) NIPPERDEY, Grundrechte, S. 805 unten mit Nachweisen;
SCHEUNER, Intervention, S. 22.

140) so im Ergebnis auch KLEIN: "Bei der Aufstellung des Menschenbildes ... wird die Menschenwürde nicht als Vorstellung eines schrankenlos-freien Individuums personifiziert, sondern ... eines zwar freien aber doch auch gemeinschaftsgebundenen Individuums"; v. MANGOLDT-KLEIN Art. 2, Anm. III 3; ebenso DÜRIG, JZ 53, 197 I. Sp. f.

141) SCHEUNER, Intervention, S. 22; zweifelnd KLEIN, entsprechend seinem Standpunkt, daß Art. 2 I GG schon wegen seiner Unbestimmtheit keine Freiheitsrechtsverbürgung darstelle; v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2 Anm. III 3 a. E. i. V. m. 4 b.

142) FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 84.

143) vgl. auch NIPPERDEY, Grundrechte, S. 781/82.

144) Wettbewerb, S. 216 Mitte.

Dasselbe gilt von dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, soweit darin auch auf das grundlegende Bekenntnis der Verfassung zum Sozialstaat in Art. 20 I und 28 I 1 GG Bezug genommen ist. Anders als durch den Vorbehalt der Rechte anderer finden hier zwar unmittelbar nur die Belange der Gemeinschaft und des Staates Berücksichtigung ¹⁴⁵⁾. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Sozialstaatsklausel in diesem Zusammenhang ein begrenzterer Sinn zukommt als der, welcher im Vorstehenden entwickelt wurde.

Für das Verhältnis der Grundrechtsgüter zueinander ist somit auch aus dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 I GG das Ergebnis abzuleiten, daß sie mit einer sozialen Bindung zugunsten der Güter der Rechtsgenossen belastet sind.

Im Gegensatz zur Schranke des Art. 19 II GG, die nur den Wesenskern der Grundrechte schützt, erlegt der Gemeinschaftsvorbehalt oder das Sozialstaatsprinzip unmittelbar dem einzelnen die weitergehende Verpflichtung auf, diejenige Selbstbeschränkung zu üben oder diejenige Beschränkung sich gefallen zu lassen, die eine Ausübung der Grundrechte durch die anderen in entsprechendem Umfang ermöglicht ¹⁴⁶⁾.

Bei gleichzeitiger Betätigung bedeutet das, daß alle Beteiligten in weitestmöglichem Umfang frei von gegenseitigen Beschränkungen sein müssen. Unterschiede in den Voraussetzungen der Betätigung, wie dem Umfang des Eigentums oder den Fähigkeiten des einzelnen, sich zu entfalten, stehen dieser Forderung so lange nicht entgegen, als unter den Beteiligten wenigstens eine annähernde, d.h. relative Gleichheit in ihrer Betätigung besteht, m. a. W., wenn das Prinzip der gleichen Freiheit im Sinne BIEDENKOPFS gewahrt ist ¹⁴⁷⁾. Im Falle der Entfaltungsfreiheit muß also bei allen Beteiligten noch von einer selbstverantwortlichen Gestaltung auch in diesem konkreten Betätigungsbereich, im Falle der Eigentumsfreiheit von einem Einsatz nur desjenigen an Eigentum die Rede sein können, welches einem freien, eigenverantwortlichen Interessenausgleich entspricht.

145) so treffend NIPPERDEY, Grundrechte, S. 789.

146) Auch nach LEISNER, Grundrechte, S. 171, gehört zum Inhalt des Sozialstaatsprinzips die Forderung an die einzelnen, die Freiheitsrechte im Verhältnis untereinander anzuwenden; ebenso BALLERSTEDT, Grundrechte, S. 54 u. 57 unten, wo er aus Art. 20 und 28 GG eine "Grundpflicht der Sozialität" ableitet; auch DÜRIG, JZ 53, 197 I. Sp. erkennt ein verfassungsrechtliches Gebot zum sozialen Verhalten an.

147) Grundsatzfragen, S. 30 f.

Für die Betätigung der Mitbewerber und Kunden auf dem Markt gilt danach:

Die verfassungsmäßige Ordnung gebietet den Mitbewerbern, sich all dessen zu enthalten, was das freie Walten der Verkehrskräfte und die Selbstbestimmung der Beteiligten und damit die Vertragsfreiheit der Marktpartner beeinträchtigt; ferner, nur solche Preise zu fordern, die einem freien Interessenausgleich, d. h. dem Wettbewerb ¹⁴⁸⁾ entsprechen würden.

Von seiten der Kunden gesehen: Die Kunden haben ein Recht auf Aufrechterhaltung von Alternativen im Sinne der Wettbewerbsdefinition ¹⁴⁸⁾; ferner auf Preisforderungen, wie sie sie bei Wettbewerb noch hinnehmen müßten.

Das Ergebnis stimmt in seinem ersten Teil mit dem FIKENTSCHERS überein, wonach "ein solcher Grad an Marktbeherrschung (durch "Maßnahme"!), der die Marktgegenseite in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit entscheidend trifft", grundgesetzlich verboten sei ¹⁴⁹⁾. Für Wettbewerbsbeschränkungen durch "Zustand", die FIKENTSCHER nicht interessieren, käme der zweite Teil des hier gefundenen Ergebnisses zum Zuge. ¹⁵⁰⁾

Die hier unmittelbar aus der Grundpflicht zur Sozialität gewonnenen Freiheits-schranken sind notwendig identisch mit den oben aus der Drittwirkung des Art. 19 II GG hergeleiteten. Damit wird die Ablehnung einer unmittelbaren Geltung dieser Vorschrift erneut gerechtfertigt. Auch die Drittwirkung ist - wie ausgeführt - das Ergebnis einer neuverstandenen freiheitlichen Staatsordnung ¹⁵¹⁾, in deren Mittelpunkt eben der Sozialstaatsgedanke steht.

d) Der Sozialgestaltungsauftrag an den Staat

Der Sozialstaatsgedanke gibt nicht nur dem einzelnen einen sozialverpflichteten Gebrauch der Grundrechte auf, sondern richtet sich auch an den Staat ¹⁵²⁾. Dieser hat die erforderlichen Mindestvoraussetzungen und Rechtseinrichtungen

148) vgl. oben A. II. 4 (S. 43).

149) Wettbewerb, S. 85 Nr. 1; vgl. auch RINCK, Wirtschaftsrecht, Anm. 83, der das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen als typisches Element der deutschen Wirtschaftsverfassung bezeichnet.

150) Dabei ist einmal davon abgesehen, daß der Abgrenzung FIKENTSCHERS zwischen "Maßnahme" und "Zustand" nicht gefolgt werden kann; vgl. auch oben B. III. 3. c, F. 96 (S. 78).

151) oben B. III. 4. b. aa (S. 82).

152) vgl. DÜRIG, JZ 53, 197 r. Sp.; BALLERSTEDT, Grundrechte, S. 51; LEISNER, Grundrechte, S. 164 f.

für ein eigenverantwortliches Zusammenleben zu schaffen 153). Des weiteren ist ihm aufgegeben, die verfassungsmäßigen Vorstellungen im Einklang mit den jeweiligen Erfordernissen der Gemeinschaft durch Einzelregelungen möglichst zu konkretisieren 154). Wo etwa der einzelne, sozial und wirtschaftlich Stärkere, sich über die Rechte anderer hinwegsetzt, muß der Staat regelnd und ausgleichend in den Verkehr der Staatsbürger untereinander eingreifen, aber auch dort, wo der freie Interessenausgleich unerträgliche Folgen zeitigt.

Dieses Verhältnis von eigenverantwortlicher Sozialgestaltung und staatlicher Intervention, d. h., der Auftrag der Verfassung an den einzelnen und der Auftrag an die staatlichen Organe, ist ständig im Auge zu behalten. Es muß sich in jeder konkreten Gestaltung eines bestimmten Freiheitsbereiches wiederfinden, darf also auch in der Regelung des § 22 GWB erwartet werden. 155)

Der Auftrag des Sozialstaatsprinzips an den Staat schließt also unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in die Freiheiten der Staatsbürger ein. In diesem Rahmen sind die Freiheiten der einzelnen mit einer weiteren sozialen Pflichtigkeit belastet, die hier aber nicht gegenüber dem individuellen Rechtsgenossen besteht, sondern gegenüber der Gesamtheit der Bürger, die ihre Verkörperung im Staat findet. Wie der einzelne schon die eigene Beschränkung durch die Entfaltung des mit ihm in einer sozialen Beziehung stehenden Rechtsgenossen hinnehmen muß, muß er darüber hinaus nun die Beschränkung seines so abgesteckten persönlichen Freiheitsbereiches durch den von den kollektiven Interessen der Gesamtheit diktierten staatlichen Eingriff dulden. Nur einen Sonderfall staatlichen Eingreifens, ohne grundsätzlichen Unterschied, stellt es dar, wenn der Staat eine bereits auf private Initiative hin bestehende Freiheitsbeschränkung in den Dienst seiner Aufgaben stellt, indem er sie sanktioniert. Im Wettbewerbsrecht ist hier vor allem an die Zulassung von Kartellen zu denken.

e) Gemeinwohl als Maßstab staatlicher Eingriffsbefugnis

Für diese staatlichen Eingriffe in den dem Bürger grundsätzlich zugestandenen Freiheitsraum, gilt es nun den geeigneten Maßstab zu finden.

Richtungweisend ist hier das sogenannte Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, das die von der Lehre erarbeitete strenge Gemeinwohlklausel 156)

153) vgl. LEISNER, Grundrechte, S. 164; Existenzminimumschutz.

154) vgl. LEISNER, Grundrechte, S. 165; Auftrag zur sozialgemäßen Gestaltung.

155) Auf die Begründung dieser Dualität u. ihre Bekämpfung durch LEISNER wird noch einzugehen sein.

156) vgl. bei NIPPERDEY, Grundrechte, S. 813, F. 328.

zur Bestimmung der Grenzen der Berufsfreiheit heranzieht ¹⁵⁷⁾. Schon FIKENT-SCHER hatte erkannt, daß sich in Art. 12 GG die Freiheiten der Mitbewerber und Kunden in ähnlicher Weise gegenüberstehen wie in Art. 2 I GG, nur daß es in Art. 2 I GG um das Ganze, in Art. 12 I GG um einen vorbereitenden Bestandteil gehe. Für Art. 12 GG als Spezialnorm zu Art. 2 I GG könne deshalb nichts gesagt werden, was nicht auch für Art. 2 I GG gelten würde. ¹⁵⁸⁾ LEISNER gebührt das Verdienst, in seiner Analyse des Apothekenurteils dessen grundsätzliche Bedeutung für den Grundrechtsbereich schlechthin herausgearbeitet zu haben ¹⁵⁹⁾, also auch für Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt wie Art. 2 I GG.

Die so weittragende Bedeutung des Urteils überrascht auf den ersten Blick. Denn Ausgangspunkt des BVerfG, der von LEISNER sogar als der Kernpunkt der Entscheidung bezeichnet wird, ist gerade die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 I 2 GG auf Satz 1 dieser Vorschrift durch Zusammenfassung der Berufsausübungsfreiheit mit der Berufswahlfreiheit zu einem einheitlichen Berufsfreiheitsrecht ¹⁶⁰⁾. Damit gewann das BVerfG zunächst einmal "dem Grunde nach" auch für Satz 1 des Art. 12 einen Regelungsvorbehalt ¹⁶¹⁾. So will es scheinen, daß gerade dem Gesetzesvorbehalt entscheidende Bedeutung zukommen sollte. In Wirklichkeit hätte aber das BVerfG auf diesen Umweg verzichten können ¹⁶²⁾, da es sich bei der Prüfung der Regelungsbefugnis "dem Inhalt nach" doch der Problematik der Grundrechtsbeschränkung durch übergeordnete Werte stellen mußte ¹⁶³⁾. Das muß das Gericht selbst empfunden haben, wenn es zusammenfaßt: Die Regelungsbefugnis erstrecke sich auf Berufsausübung und Berufswahl. Sie sei aber um der Berufsausübung willen (!) gegeben und dürfe nur unter diesem Blickpunkt allenfalls (!) auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich sei sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung sei, um so enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berühre. ¹⁶⁴⁾

Von den drei Regelungsstufen des BVerfG interessieren hier nur die beiden letzten, da nur sie die an sich vorbehaltlos gewahrte Berufswahlfreiheit betreffen. Für die Regelung auf dieser Stufe wird das Gemeinwohlerfordernis aufgestellt, während Eingriffe auf der ersten Stufe (Berufsausübungsregelung) nur voraussetzen, daß vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen ¹⁶⁵⁾.

157) Urteil v. 11.6.58, BVerfGE 7, 377.

158) Wettbewerb, S. 82 zu F. 146.

159) JuS 62, 464 I.Sp., 466 r.Sp. Mitte, 471 r.Sp.

160) LEISNER, JuS 62, 466 I.Sp.

161) BVerfGE 7, 402.

162) so schon NIPPERDEY, Grundrechte, S. 813 Mitte.

163) vgl. dazu LEISNER, JuS 62, 466 r.Sp. Mitte.

164) BVerfGE 7, 403 vor c).

165) BVerfGE 7, 405 Mitte.

Voraussetzung für einen Eingriff auf der Ebene der Berufswahl ist, daß ihn "der Schutz besonders wichtiger = überragender Gemeinschaftsgüter ... zwingend erfordert, d. h.: soweit der Schutz von Gütern in Frage steht, denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des Einzelnen eingeräumt werden muß und soweit dieser Schutz nicht auf andere Weise ... gesichert werden kann" 166).

Für die Berufswahlfreiheit unterteilt das Gericht nach subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen. Das Wesen einer subjektiven Voraussetzung ist darin zu erblicken, daß sie für alle Betroffenen gleich und ihnen im voraus bekannt ist, so daß der einzelne schon vor der Berufswahl beurteilen kann, ob es ihm möglich sein werde, die geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Dagegen sind die objektiven Bedingungen für die Berufszulassung dem Einfluß des einzelnen entzogen. Die Schwere des Eingriffs in diesem Fall erfordert nach dem BVerfG eine Schärfung seiner Voraussetzungen, jedoch nicht - wie LEISNER meint - von dem "nur besonders wichtigen" zum "überragenden" Gemeinschaftsgut 167), sondern in der Weise, "daß an den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung besonders strenge Anforderungen zu stellen sind; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer (!) oder höchstwahrscheinlicher (!) schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können" 168). In dieser Voraussetzung der größeren "Nähe" der Gefahr 169) erschöpft sich die Schärfung für die objektive Zulassungsbeschränkung. Es drängt sich die aus dem Polizeirecht geläufige Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Gefahr auf. Bei der einen muß die Gefahr im einzelnen Fall zumindest unmittelbar bevorstehen, bei der anderen genügt die hinreichende Wahrscheinlichkeit des künftigen Entstehens einer Gefahr aus einem schon jetzt abstrakt faßbaren Tatbestand. 170) Die Anforderungen an die Bedeutung des Gemeinschaftsgutes sind also in beiden Regelungsstufen dieselben.

Will man den Versuch machen, die vom BVerfG für Art. 12 I GG aufgestellten Grundsätze auf die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheiten des Art. 2 I GG anzuwenden, erhält man folgendes Ergebnis:

Überragendes Gemeinschaftsgut ist die freiheitliche Gesamtordnung, die wiederum die möglichst freie Entfaltung des einzelnen in allen Lebens-

166) BVerfGE 7, 405.

167) vgl. LEISNER, JuS 62, 469 r.Sp. unten, im Widerspruch zu 468 r.Sp. oben, wo er beide gleichsetzt.

168) BVerfGE 7, 408 Mitte.

169) LEISNER, JuS 62, 470 l.Sp. oben.

170) vgl. DREWS-WACKE, S. 290.

bereichen voraussetzt. Die freiheitliche Gesamtordnung ist gefährdet, wenn der Wettbewerbsprozeß Formen annimmt oder Ergebnisse zeitigt, die eine noch weitergehende Freiheitsbeschränkung der einzelnen zur Folge haben oder darstellen als sie die Beschränkung des Wettbewerbs auf bestimmten Märkten darstellen würde.

Zu denken wäre etwa an "selbstmörderische", branchengefährdende Konkurrenz in einem lebenswichtigen Wirtschaftszweig, die nach dem Zusammenbruch eines Teils der Unternehmen zumindest zeitweilig die Rationierung wichtiger Güter, den weitgehenden Verzicht auf die überbewerteten Güter oder Dienstleistungen, den Verlust der beruflichen Betätigungsmöglichkeit durch Arbeitslosigkeit und ähnliches zur Folge haben könnte.

f) Gemeinwohlmaßstab nicht für autonome Eingriffe Privater

Bisher wurde festgestellt, daß Private bei ihrem Freiheitsgebrauch die gleichen Freiheiten ihrer Rechtsgenossen zu beachten haben (B. III. 4. e S. 91, und daß eine im Gemeinwohlinteresse etwa erforderliche Neuabgrenzung der gegenseitigen Freiheitsräume nur unter bestimmten strengen Voraussetzungen durch den Staat möglich ist (B. III. 4. e S. 94/95). Diese Zuständigkeitsverteilung zwischen Privaten und Staat beruht auf der Überzeugung, daß es sich bei den genannten Eingriffen ihrem Wesen nach um Ausübung von Staatsgewalt handelt, welche nach unserer Verfassung zwar vom Volke ausgeht, von diesem aber durch besondere Organe, vor allem der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt ausgeübt wird (Art. 20 II GG). 171)

171) Ebenso BÖHM, Kartelle u. Monopole, S. 7 u. 12; BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 130 ff. mit eingehender Begründung; GÜNTHER, MA 59, 275 r. Sp.; SCHEUNER, Rechtsstaat, S. 262; ferner die oben B. II, 2 (S. 67) genannten Vertreter der ORDO-Lehre. - Außerdem alle, die von einer gesteigerten sozialen Pflichtigkeit der Monopol- u. Oligopolunternehmen ausgehen: für das GWB RASCH, Wettbewerbsbeschränkungen, § 22 Anm. 1 a. E.; für die amerikanische Antitrustpolitik vgl. bei WEISSMANN, The Quarterly, S. 459/60 F. 8; "It has been argued that to the degree that a firm need not take price as 'given' it may be said to be 'affected with a public interest'"; dementsprechend die Tendenz, "to impose upon these powerful firms affirmative obligations"; die Vorschläge, "to subject price increases in major concentrated industries to a preaudit, by administrative agency or legislative committee", vgl. SCHWARTZ, Kartelle u. Monopole, S. 445 und 448; beachtlich auch in jüngster Zeit die Ladung verschiedener großer Gesellschaften vor Kongreßausschüsse, vor denen sie ihre Preispolitik rechtfertigen sollten, wobei stillschweigend davon ausgegangen wurde, "that a price change by a large company is a

Die Begründung dieser Auffassung ist zum Teil schon bei dem Nachweis einer nur entsprechenden Anwendung des Kernbereichsgedankens des Art. 19 II GG auf das Verhältnis zwischen Privaten gegeben worden. Dort wurde gezeigt, daß bei der Begegnung Privater auf dem Markt das konkret beteiligte Quantum Wettbewerbsfreiheit in eine Qualität derselben Freiheit umschlägt, von welcher wiederum der Wesenskern erhalten bleiben muß ¹⁷²⁾. Sie bedarf nun noch der Ergänzung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit der Kunden als letzten Grund der Wettbewerbsfreiheit ¹⁷³⁾.

Entscheidend für die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Vertrag ist, daß das Erfordernis der selbstgeschaffenen, nicht vorgegebenen oder auferlegten zwischenmenschlichen Ordnung gewahrt bleibt ¹⁷⁴⁾. Fehlt der Wettbewerb auf einem Markt, dann tritt an die Stelle der selbstgeschaffenen Ordnung die von den Marktmächtigen gewollte Ordnung. Damit ist die Vertragsfreiheit in diesem Bereich aufgehoben.

BIEDENKOPF meint, in der Haltung des Mächtigen einen Akt der Normsetzung sehen zu können ¹⁷⁵⁾, durch den er den Interessenausgleich in ähnlicher Weise beherrsche, wie dies sonst nur die Rechtsordnung des Staates könne ¹⁷⁶⁾. Privaten fehle ohne eine ausdrückliche Ermächtigung des Rechtes diese Zuständigkeit.

Fortsetzung der Fußnote 171) von Seite 95:

matter of public concern and calls for public explanation", ferner der Vorschlag, "that large companies should be given public utility status", vgl. bei EDWARDS, Public Policy, S. 14; in diesem Lichte sind auch die jüngsten Philadelphia electric equipment manufacturer's cases zu verstehen, bei denen dem führenden Oligopolunternehmen im Interesse kleinerer Außenseiter in einem consent decree die Einhaltung "vernünftiger" Mindestpreise aufgegeben wurde, die höher als die Wettbewerbspreise liegen, vgl. bei BURNS, The Antitrust Bulletin, S. 708; dafür, daß es im Verhältnis Privater nach Antitrust nicht auf die reasonableness der Marktpreise, sondern auf ihr Zustandekommen durch Wettbewerb oder Abstimmung ankommt, vgl. etwa bei BACKMAN, Price Practices, S. 254 (Zitat aus dem Socony Vacuum Oil case); bei ABBOTT, Qualität, S. 234; bei EDWARDS, Maintaining, S. 12 und 287; Akzeptabel seien nur solche Alternativen zu einem Wettbewerbsverhalten, "which have been publicly approved".

172) vgl. oben B. III. 4. b. bb. 2 (S. 87).

173) vgl. oben B. III. 3. c (S. 75 ff.).

174) RAISER, Hundert Jahre, S. 123 Mitte.

175) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 113, 115.

176) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 128/29.

Ob nicht in Fällen vertraglicher Wettbewerbsbeschränkung die Konstruktion des Normenvertrages mit Außenwirkung überflüssig ist, kann dahinstehen. Wahrscheinlich hat KAISER recht, daß der Gesichtspunkt der Rechtsschutzverweigerung ausreichenden Schutz bietet¹⁷⁷⁾. Doch ist der Gedanke BIEDENKOPFS trügerisch für Fälle rein tatsächlicher Wettbewerbsbeschränkung, denen mit dem Mittel der Rechtsschutzverweigerung nicht beizukommen ist, weil Rechtsschutz von den zusammenwirkend den Wettbewerb beschränkenden Privaten gar nicht erst beansprucht wird. Insoweit handelt es sich auch nicht um Normenverträge mit Außenwirkung, sondern um die auf dem Markt abschließenden Austauschverträge selbst, deren Inhalt wie unter dem Einfluß von den freien Interessenausgleich beschränkenden Rechtsnormen vorgeformt ist.

Die von BIEDENKOPF gegen die Durchbrechung des staatlichen Rechtsetzungsmonopols durch "Errichtung vertraglicher Sonderrechtsordnungen"¹⁷⁸⁾ vorgebrachten Argumente gelten auch dann, wenn man den unmittelbaren autonomen privaten Eingriff in den konkreten Einzelvertragsschluß betrachtet. Denn auch "vertragliche Sonderrechtsordnungen" werden ja nicht um ihrer selbst willen schaffen, sondern als Mittel der Einflußnahme auf den freien Interessenausgleich im Einzelvertragsschluß.

Der erste Einwand ist, das Verbot derartiger privater Einflußnahmen würde die ganze Last der gestaltenden Ordnung des Lebens dem Staate aufbürden, der jedoch mit den jeweils besonderen Bedürfnissen der beteiligten Rechtsgenossen, die im Rahmen dieser Ordnung berücksichtigt werden müßten, niemals so vertraut sein könne wie die Beteiligten selbst.

Dem hält BIEDENKOPF mit Recht entgegen, daß dies gar nicht die Konsequenz eines Regelungsmonopols des Staates sei. Dem Gesetzgeber sei vielmehr auch im Rahmen einer solchen Zuständigkeitsordnung nicht die Möglichkeit genommen, im Wege der Ermächtigung - die im weiten Sinne verstanden werden muß - seine Befugnis denjenigen Rechtsgenossen zu übertragen, die dank ihrer engeren Beziehung zum Sachverhalt das typische Rechtsverhältnis besser zu regeln imstande sind. Durch diese zusätzliche, über die immanenten Grenzen der Privatautonomie hinausgehende Ermächtigung der Privatrechtssubjekte zur kollektiven Willens- und damit Machtbildung, verbunden mit der Möglichkeit der Normierung des Austauschvorganges, werde aber erreicht, daß auch die privatrechtlich geschaffene Sonderrechtsordnung ihre rechtliche Legitimation vom Gesetzgeber ableiten muß und sich nicht auf die mit der Privatautonomie gewährte Freiheit selbstbestimmter Wertung und Gestaltung der rechtlichen Beziehungen berufen kann. Durch die Ermächtigung würden die Privaten unter die Verantwortung des

177) Hundert Jahre, S. 112 unten, 113 oben.

178) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 130 a. A.

Gesetzgebers der Gesamtheit gegenüber gestellt 179).

Dem ersten Einwand lag ein praktischer Gesichtspunkt zugrunde. Er wurde zugleich mit dem verfassungsrechtlichen Argument widerlegt, daß auch private Macht ihre Legitimation vom Gesetzgeber herleiten müsse. Denn daß dies so sei, leugnet der Einwand gerade, indem er von der konkurrierenden oder subsidiären privaten Regelungszuständigkeit ausgeht. Danach wäre der private Mächtige so lange und so weit zur eigenverantwortlichen Gestaltung berufen, als er damit nicht die Gesamtordnung gefährdet. Das ist der zweite, rechtliche Einwand.

Diese Art von Subsidiarität, die zum stellvertretenden Eingriff in die Freiheitsrechte machtloser einzelner durch andere aber mächtige Private an der Obrigkeit Statt führt 180), muß unterschieden werden vom staatsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip im eigentlichen Sinne. Dieses Prinzip hat den Sinn zu vermeiden, daß die einzelne Persönlichkeit "einer einzigen, ununterschiedlichen, ihr völlig überlegenen, sie vielleicht zermalmenden Organisation Staat" gegenübersteht; stattdessen sollen sich zwischen ihr und "dem Moloch" oder "Leviathan" Staat Zwischengebilde und Zwischenverbände einschalten, die eine stufenweise Entfaltung der Macht von unten nach oben ermöglichen 181). Was diese Art von subsidiärer Ordnung vermeiden soll, bewirkt die falsch verstandene Subsidiarität gerade, daß nämlich die einzelne Persönlichkeit Eingriffen ausgesetzt wird, die der Staat selbst nur unter strengen Voraussetzungen 182) vornehmen darf.

Zutreffend hebt BIEDENKOPF hervor, daß Private - anders als trotz aller Vorbehalte der Staat - nicht die Wahrscheinlichkeit für sich haben, von der Möglichkeit der Beeinflussung des vertraglichen Interessenausgleichs in erster Linie "zugunsten der allgemeinen Gerechtigkeit und des Allgemeinwohls" Gebrauch zu machen 183). Dies zu erwarten sei ein Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie als Ordnungsprinzip, welcher darauf beruhe, daß die Summe der durch übereinstimmende Vertragswillen herbeigeführten Interessenausgleiche eine richtige Ordnung gewährleiste. Interessenausgleich setze aber gegenläufige Interessen, Egoismen, voraus, durch die naturgemäß etwaige übergeordnete Interessen des gemeinen Wohles verdrängt würden. 184)

179) BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 130 f., S. 131 F. 64 auch unter Berufung auf v. CAEMMERER, JZ 53, 99.

180) BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 134.

181) MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, § 10 II 7 (S. 64).

182) vgl. oben B.II.4.e (S. 94/95); vgl. auch BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 133/34.

183) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 132.

184) Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 132/33.

Die Richtigkeitsgewähr dieses Interessenausgleichs ist selbstverständlich nur eine grundsätzliche und schließt nicht aus, daß der Staat in einzelnen Fällen (auf Anforderung) korrigierend eingreift¹⁸⁵⁾. Das rechtfertigt es, mit RAISER einschränkend von Richtigkeitsgewähr in dem Sinne zu sprechen, "als es unseren Gerechtigkeitsvorstellungen entspricht, daß der Vertrag als Rechtsinstitut besteht, d. h. daß den Rechtsgenossen Freiheit zur selbstverantwortlichen Gestaltung ihrer Beziehungen eingeräumt wird"¹⁸⁶⁾. Auch wenn man, wie RAISER, den Vertrag nicht von seinem Entstehungstatbestand, sondern von seiner Funktion her begreift, bleibt die Entstehungsweise der vertraglichen Ordnung doch immer insoweit beachtlich, als es sich um eine von allen Beteiligten selbst geschaffene Ordnung handeln muß¹⁸⁷⁾. Als von einzelnen Privaten selbstgeschaffener Ordnung fehlt ihr aber grundsätzlich der Bezug auf die Interessen der Gesamtheit aller Bürger.

Damit bleibt es für die privaten Teilnehmer am Markt bei den Grenzen ihres Freiheitsgebrauchs, die von der Grundpflicht zur Sozialität entsprechend Art. 19 II GG gezogen werden. Eine Konkretisierung der im Gemeinwohlinteresse etwa bestehenden weiteren Pflichtigkeit kommt ihnen nicht zu.

g) Soziale Marktwirtschaft - keine Präponderanzentscheidung der Verfassung über die Freiheiten

aa) Die Entscheidung der Verfassung im Konflikt der wirtschaftlichen Freiheiten stellt sich somit gar nicht als Entscheidung in dem Sinne dar, daß die eine Freiheit zugunsten anderer zurückzustehen habe¹⁸⁸⁾. Vielmehr geht es der Verfassung allein darum, alle vorhandenen Freiheiten miteinander zum Ausgleich zu bringen, insbesondere also die Wettbewerbsfreiheit der Unternehmen und die Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit der Kunden, so daß keine durch das Übermaß ihres Gebrauches die andere aufhebt. Daneben ergeben sich gewisse Verschiebungen dieses Verhältnisses durch unabweisliche Forderungen des gemeinen Wohles, die vom Staat durch besondere Eingriffe zu erfüllen sind¹⁸⁹⁾.

185) BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 131/32; RAISER, Hundert Jahre, S. 118 f.

186) RAISER, Hundert Jahre, S. 119 oben, wenn auch insoweit noch zweifelnd.

187) RAISER, Hundert Jahre, S. 123 Mitte.

188) vgl. auch MAUNZ-DÜRIG, GG Art. 2 Anm. 50.

189) Bei FUCHS, Kartellverbot, S. 80/81, ist dies die Entscheidung über die "Werthöhe" der Wettbewerbsfreiheit der auf beiden Marktseiten stehenden Grundrechtsträger, die festzustellen allein Aufgabe des Staates sei.

bb) BARTHOLOMEYCZIK hat Wesen und Aufgaben dieses Ausgleichs besonders im Hinblick auf die Verwirklichung einer neuen Sozialordnung gewürdigt, die der geltenden Gesellschaftsordnung Rechnung zu tragen habe. "In diesem sozialen Prozeß erhalten auch Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit ihre aufeinander bezogenen Aufgaben. Sie haben sich zu ergänzen, aber nicht zu vernichten. Der Vertrag bleibt der Ordnungsbereich, in dem das menschliche Miteinander zu lösen ist, das dem Einzelnen das Gefühl der gegenseitigen Angewiesenheit und der Sicherheit in der Gemeinschaft zu vermitteln hat. Neben ihm steht der Wettbewerb als wertschaffendes Gegeneinander. Er schafft Unruhe und Unsicherheit, ohne die keine schöpferische Leistung denkbar ist. Sie braucht den ewigen Wechsel zwischen der Sicherheit der Vertragsruhe und der Unsicherheit des Wettbewerbs." 190)

Dieser Satz, der sich in erster Linie auf das Verhältnis der Unternehmen zueinander bei ihrer Teilnahme am Sozialprozeß bezieht, enthält in der Betonung des Wettbewerbsgedankens zugleich eine wichtige Aussage für das Verhältnis der Unternehmen zur anderen Marktseite: Der Wettbewerb darf nie ganz ausgeschaltet werden. Seine Beschränkung durch den Rückzug in die Geborgenheit des Vertrages darf so weit nicht gehen, daß das schöpferische Moment der Unsicherheit abhanden kommt. Die Beschränkungen aber, die erforderlich sind im Zuge der zu lösenden gemeinnützigen Aufgaben, haben unter staatlicher Aufsicht und Lenkung zu stehen 191). Was hier für den Vertrag gesagt ist, gilt gleichermaßen für die schlüssige Unterwerfung unter Gruppennormen, durch die sicher meist viel wirksamer noch als durch Vertrag das belebende Element des Wettbewerbs ausgeschaltet wird.

Mit der Einbeziehung der Marktpartner in die Betrachtung fällt der Blick zwangsläufig auch auf deren Vertragsfreiheit, um die es in der bisherigen Erörterung vorwiegend ging. Auch insoweit gilt der Satz, daß die Vertragsfreiheit erhalten bleiben muß, weil der Vertrag den Ordnungsbereich darstellt, in dem das menschliche Miteinander zu lösen ist. 192)

cc) Ähnlich sieht NIPPERDEY die "soziale Marktwirtschaft". Sie vereint auf der Grundlage der Wettbewerbswirtschaft freiheitliche und soziale Komponenten in der Weise, "daß ein Höchstmaß persönlicher Freiheit bei steter Berücksichtigung der sozialen Notwendigkeiten gewährleistet ist" 193). Das grundlegende

190) GEM.KOMM., 2. Aufl., Vorb. 14 vor §§ 22-24.

191) BARTHOLOMEYCZIK, a. a. O.: "Die Unternehmen werden sich für solche Aufgaben der staatlichen Aufsicht und Lenkung unterwerfen müssen".

192) Über den funktionellen Zusammenhang von Vertrag, Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit, vgl. auch RAISER, Hundert Jahre, S. 132 f.

193) Soziale Marktwirtschaft, S. 13.

Bekanntnis zur Wettbewerbswirtschaft bedeutet nichts anderes als die Einsicht, daß den Privaten unmittelbar nicht die Sozialgestaltung im umfassenden Sinne, sondern nur die Rücksicht auf die gleichen Freiheiten der Rechtsgenossen aufgegeben ist ¹⁹⁴).

Der Vorwurf LEISNERS, bei NIPPERDEY gehe die Wettbewerbsfreiheit unbedingt den anderen "drittgerichteten" Freiheiten, vor allem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit, vor ¹⁹⁵), trifft daher nicht. Der Wettbewerb wurde geradezu als das Lebenselement der Vertragsfreiheit erkannt. Eine selbstverantwortliche Gestaltung der Austauschbeziehungen auf dem Markt steht und fällt mit der Wettbewerbsfreiheit. Die Anerkennung der Wettbewerbsfreiheit bringt somit erst diejenigen Komponenten der Vertragsfreiheit beider Marktseiten zur Geltung und zum Ausgleich, die sich gegeneinander richten.

dd) Das übersieht LEISNER, der nur die damit verbundene Einschränkung derjenigen Ausformungen der Vertragsfreiheit der Wettbewerber im Auge hat, die sich gegeneinander richten und sich auf ihr Marktverhalten beziehen. Entsprechendes gilt für die Gewerbefreiheit. Auch die Kunden handeln, soweit sie Unternehmen sind, in Ausübung ihrer Gewerbefreiheit. Auch die Gewerbefreiheiten beider Marktseiten werden, soweit sie auf den Markt gerichtet sind, nur durch das Wettbewerbsprinzip zum Ausgleich gebracht.

LEISNERS Auffassung erklärt sich aus seinem völlig anderen grundsätzlichen Standpunkt. Für ihn ist NIPPERDEYS Lehre nur ein auf dem Grundgesetz errichtetes neoliberales Gedankengebäude ¹⁹⁶). Er selbst kann eine Entscheidung der Verfassung im Sinne der Zweiteilung "Wettbewerb - Lenkung" nicht gebrauchen ¹⁹⁷). Voraussetzung für die von ihm erstrebte Übertragung des geschlossenen Grundrechtssystems aus der Ebene Bürger - Staat in die private Ebene ist nämlich, daß das für die staatsgerichtete Ebene entwickelte Kernbereichsdenken (Minimumschutz der Grundrechte) ebenfalls unmittelbar und nicht nur entsprechend mitübernommen wird ¹⁹⁸). Das ist aber nur möglich, wenn der hier immer wieder betonte Unterschied zwischen den dem einzelnen und den dem Staat gezogenen Grenzen überwunden wird ¹⁹⁹).

194) NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 12 Buchst. c u. d.

195) Grundrechte, S. 187.

196) LEISNER, Grundrechte, S. 186.

197) LEISNER, Grundrechte, S. 189: diesen Dualismus gelte es zu überwinden.

198) LEISNER, Grundrechte, S. 160 Mitte.

199) vgl. oben B. III. 4. b. bb. 2 (S. 85 ff.) u. B. III. 4. f (S. 95 ff.).

LEISNER glaubt die Rechtfertigung hierfür im Bereich der Wirtschaft in der "Einheit des verbindenden Wollens" gefunden zu haben, das höher stehe als ein "unbedingtes liberalistisches Freiheitsstreben" ²⁰⁰⁾. Gegen eine solche Gesamtschau besteht aber der unausräumbare Einwand, daß das Wollen des Staates grundsätzlich gemeinschaftsorientiert ist, während das Wollen des einzelnen privaten Wirtschafters dies auch im günstigsten Fall naturgemäß nicht sein kann ²⁰¹⁾. Schon von hier aus verbietet sich eine Gleichschaltung der jeweils zu beachtenden Grundrechtsschranken. Der in erster Linie seine privaten Interessen verfolgende einzelne kann nicht dieselben Freiheitsbereiche Dritter in Anspruch nehmen dürfen, über welche der Staat - bei gleichzeitiger verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Kontrolle - nur aus übergeordneten Gesichtspunkten des Gemeinwohls disponieren darf.

Diesem Einwand wird auch nicht durch die "Entwicklung einer gewissen wirtschaftlichen Selbstverwaltung" ²⁰²⁾ der Boden entzogen. Sicher kann eine solche organisatorische Einrichtung die Kluft zwischen dem Wollen des Staates und dem der einzelnen im Sinne einer mehr gemeinschaftsorientierten Betätigung verringern helfen. Solange aber keine umfassende Delegation auch der politischen Verantwortung erfolgt, bleibt die entscheidende Lücke offen. ²⁰³⁾

ee) In diesem Zusammenhang darf auch das nach allgemeiner Ansicht die wirtschaftspolitische Stellung des Grundgesetzes klärende sogenannte Investitionshilfeurteil des BVerfG ²⁰⁴⁾ nicht übergangen werden. Wohl überwiegend ist dieses Urteil im Schrifttum dahin verstanden worden, daß es das BVerfG abgelehnt habe, die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft als im Grundgesetz verfassungsmäßig festgelegt anzuerkennen ²⁰⁵⁾. Das trifft aber nicht zu. Es spricht sogar umgekehrt einiges dafür, daß das BVerfG eine materielle Entscheidung der Verfassung im Sinne einer als sozial zu bezeichnenden Marktwirtschaft anerkennt.

Die entscheidenden Sätze des Urteils lauten:

"Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde 'soziale Marktwirtschaft'.

200) LEISNER, Grundrechte, S. 189.

201) oben B. III. 4. f (S. 98)

202) LEISNER, Grundrechte, S. 189.

203) vgl. auch BIEDENKOPF, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 134 f.

204) Urteil vom 20. Juli 1954, BVerfGE 4, 7 ff.

205) vgl. die Nachweise bei NIPPERDEY, Grundrechte, S. 873, F. 545.

Die 'wirtschaftspolitische Neutralität' des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.

Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer von dem Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann. Daher ist es verfassungsrechtlich ohne Bedeutung, ob das Investitionshilfegesetz im Einklang mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung steht und ob das zur Wirtschaftslenkung verwandte Mittel 'marktkonform' ist." 206)

Ein, wenn auch noch nicht ganz überzeugendes Argument gegen die herrschend ausgelegte Entscheidung findet sich bei NIPPERDEY. Danach sei das BVerfG in seinem ersten Satz offensichtlich von der Auffassung ausgegangen, daß es nur zwei grundsätzliche Möglichkeiten der Wirtschaftsverfassung gebe, nämlich die Planwirtschaft (Zentralverwaltungswirtschaft) und die "freie" Marktwirtschaft (ökonomischer Liberalismus). Da in der Bundesrepublik von einer Planwirtschaft nicht die Rede sein könne, habe das BVerfG offenbar nur sagen wollen, daß die Wirtschaftsverfassung der "freien" Marktwirtschaft nicht verfassungsrechtlich festgelegt sei. Darauf deute vor allem der Hinweis, daß es verfassungsrechtlich ohne Bedeutung sei, ob das zur Wirtschaftslenkung verwandte Mittel "marktkonform" sei. Entscheidend sei jedoch, daß das BVerfG eine Garantie wirtschaftspolitischer Neutralität des Grundgesetzes verneine und den Gesetzgeber bei der ihm jeweils sachgemäß erscheinenden Wirtschaftspolitik an das Grundgesetz binde. 207)

Man braucht sich aber nicht einmal über die Formulierung hinwegzusetzen, die das BVerfG in Satz 1 gewählt hat. Denn sicherlich ist es richtig, daß das Grundgesetz nicht eine soziale Marktwirtschaft garantiert, die "nur mit marktkonformen Mitteln" zu steuern ist. Der Ton in dem ersten Satz liegt also auf den "marktkonformen Mitteln", nicht auf "sozialer Marktwirtschaft". So verstanden hat das BVerfG offengelassen, ob nicht das Grundgesetz eine mit gleich welchen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft doch garantiert.

Das Gegenteil ergibt sich auch nicht aus dem Satz, daß "sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden"

206) BVerfGE 4, 17/18.

207) NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft, S. 16.

habe. NIPPERDEY meint, das BVerfG sei von nur zwei grundsätzlichen Möglichkeiten einer Wirtschaftsverfassung, Planwirtschaft und freie Marktwirtschaft, ausgegangen, wobei es die letztere als "nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft" bezeichnet habe. Nach der oben vorgeschlagenen Lesweise des ersten zitierten Satzes ist es aber durchaus möglich, daß das BVerfG auch eine dritte mögliche Wirtschaftsverfassung, nämlich die nicht nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft, anerkennt.

Darauf deutet das in dem gegebenen Zusammenhang wohl nicht nur als schmückendes Beiwort verwandte Wort "ausdrücklich". Hierdurch läßt das BVerfG bewußt offen, ob sich das Grundgesetz nicht doch schlüssig zu einem bestimmten Wirtschaftssystem, das jedenfalls nicht eine nur mit marktkonformen Mitteln, sondern eine auch mit nicht-marktkonformen Mitteln zu steuernde Marktwirtschaft ist, bekannt hat. Denn gerade für ein solches Wirtschaftssystem konnte und brauchte sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich zu entscheiden. Er konnte es nicht, weil der Begriff der sozialen Marktwirtschaft, anders als die beiden extremen Systeme der freien Marktwirtschaft und der Planwirtschaft, nicht eindeutig umschrieben werden kann, sondern einen je nach den Erfordernissen der sozialen Wirklichkeit wechselnden Inhalt hat. Auf diese Eigenart einer sozialen Marktwirtschaft weist das BVerfG hin, wenn es sagt, die Verfassung ermögliche es dem Gesetzgeber, "die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen". Das dem Gesetzgeber eingeräumte wirtschaftspolitische Ermessen verbietet es zugleich dem Verfassungsgeber, sich ausdrücklich zu einem Wirtschaftssystem mit einem fest umschriebenen Inhalt zu bekennen. Bei einer verfassungsmäßigen Formulierung der sozialen Marktwirtschaft wäre es aber nicht ausgeblieben, daß sich die Theorie um die inhaltliche Klarstellung des Begriffes bemüht hätte und die Verfassungsauslegung in einen irreführenden Theorienstreit verwickelt worden wäre.

Der Verfassungsgeber brauchte sich aber auch gar nicht ausdrücklich zur sozialen Marktwirtschaft zu bekennen. Seine Aufgabe war es, die individuellen Freiheiten und ihre Begrenzung gegeneinander und gegenüber den Forderungen der Gesellschaft festzulegen. Mit dieser Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens ergibt sich zugleich die Ordnung des Wirtschaftslebens, das ja nur einen Ausschnitt aus dem sozialen Geschehen bildet. Der Wirtschaftsgesetzgeber braucht keinen ausdrücklichen Auftrag durch die Verfassung, eine soziale Marktwirtschaft zu verwirklichen. Seine Aufgabe ist Wahrung der Gemeinschaftsinteressen bei gleichzeitiger Sicherung der individuellen Freiheiten. Bei ihrer Durchführung kann er nicht an wirtschaftswissenschaftliche Lehrmeinungen, sondern nur an die verfassungsmäßig gezogenen rechtlichen Grenzen seiner Möglichkeiten gebunden sein. Aus der Gesamtheit der freiheitlichen Betätigungsmöglichkeiten und der staatlichen Eingriffe und Leistungen ergibt sich dann ein viel-

schichtiges Bild der jeweils bestehenden Wirtschafts- und Sozialordnung, die man als soziale Marktwirtschaft bezeichnen kann. So gesehen ist jede unter Wahrung des Grundgesetzes bestehende Wirtschafts- und Sozialordnung "soziale Marktwirtschaft".

In diesem Sinne ist auch der Satz des BVerfG zu verstehen, daß die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche Ordnung sei. In der Entscheidung des BVerfG geht es um die Einführung eines als nicht-marktkonform geltenden Mittels (das Investitionshilfegesetz) in eine bisher insoweit als nur mit marktkonformen Mitteln gesteuert betrachtete soziale Marktwirtschaft. Die hierdurch bewirkte Veränderung ist es, die als Alternative zur gegenwärtigen Wirtschafts- und Sozialordnung gesetzt und vom BVerfG als im Einklang mit dem Grundgesetz bezeichnet wird. Es handelt sich also nur um eine Alternative zu den bisher marktkonformen Mitteln der sozialen Marktwirtschaft, nicht aber zur sozialen Marktwirtschaft selbst.

Diese Ansicht wird bestätigt durch den Umstand, daß das BVerfG den Begriff der sozialen Marktwirtschaft in Anführungszeichen setzt. Es bestand dazu weder deshalb Veranlassung, weil der Begriff als solcher etwa nicht allgemein anerkannt ist, noch weil das Gericht insoweit einen Verfahrensbeteiligten zitieren wollte, wie das bei "wirtschaftspolitischer Neutralität" und "marktkonformen Mitteln" geschehen ist. Auf den Begriff der sozialen Marktwirtschaft haben sich die Beschwerdeführer nach dem Urteil dagegen nicht berufen²⁰⁸⁾. Als einzig mögliche Erklärung bleibt somit, daß das Gericht ausdrücken wollte, eine nur mit marktkonformen Mitteln gesteuerte soziale Marktwirtschaft gebe es nicht und könne daher vom Grundgesetz nicht garantiert werden; stattdessen erfordere die - möglicherweise vom Grundgesetz garantierte soziale Marktwirtschaft - eine Ermessensfreiheit des Gesetzgebers in der Wahl seiner Mittel.

Die zur Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik grundlegende Entscheidung des BVerfG läßt es also zumindest bewußt offen, ob sich das Grundgesetz nicht inzidenter eindeutig zur sozialen Marktwirtschaft bekennt. Die Verwendung des Begriffes "soziale Marktwirtschaft" in dem geschilderten Zusammenhang legt darüber hinaus die Vermutung nahe, daß auch das BVerfG diese Bezeichnung für die nach dem Grundgesetz jeweils möglichen Ordnungen anerkennt.²⁰⁹⁾

208) BVerfGE 4, 17 unten.

209) vgl. auch v. KÖHLER, WuW 62, 336/37, der den entscheidenden Unterschied zwischen NIPPERDEY und dem BVerfG lediglich darin sieht, daß NIPPERDEY in Art. 2 GG das Hauptfreiheitsrecht erkennt, während das BVerfG von einer "undogmatischeren Prüfung der einzelnen Grundrechte" ausgeht, die es eigenständiger auffaßt, was ihm eine innere Freiheit von

Von seiner im Investitionshilfeurteil dargelegten Auffassung ist das BVerfG bis heute nicht abgerückt. Es hat im Gegenteil für erforderlich gehalten, im sog. Apothekenurteil erneut zu betonen, daß das Grundgesetz nicht schlechthin wirtschaftspolitisch neutral sei, sondern nur "in dem Sinne neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, beachtet" 210). Gerade auch in der Beschränkung der wirtschaftspolitischen Maßnahmen vor allem im Hinblick auf die Grundrechte liegt die Bestätigung, daß diese Grundrechte, zusammen mit anderen Verfassungsprinzipien, eine wirtschaftliche Grundordnung konstituieren, wie sie oben anlässlich der Investitionshilfeentscheidung skizziert wurde, und deren entscheidendes Kriterium das Bestehen der Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit auf beiden Marktseiten ist.

5. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Betrachtung

Für die Entscheidung der Verfassung über die in den Marktbeziehungen von Mitbewerbern und Kunden auftretenden Konflikte zwischen Wettbewerbsfreiheit sowie Eigentum der Mitbewerber und Vertragsfreiheit sowie Eigentum der Kunden gilt sonach:

1. Die Mitbewerber dürfen die Vertragsfreiheit ihrer Marktpartner auf dem einzelnen Markt nicht beeinträchtigen, d. h., sie dürfen den Wettbewerb nicht in einer Weise beschränken, daß er den Erfordernissen der früher gegebenen Definition nicht mehr entspricht.

Fortsetzung der Fußnote 209) von Seite 105:

jeder volkswirtschaftlichen Lehrmeinung sichert"; daß NIPPERDEY sich einer volkswirtschaftlichen Lehrmeinung unterwerfe, darf bezweifelt werden. NIPPERDEY zitiert in seiner Schrift die neoliberalen Nationalökonomien wohl nur, um seinen anderweitig gefundenen Argumenten noch mehr Durchschlagskraft zu geben.

210) U. v. 11. 6. 58, NJW 58, 1036 r. Sp.; ebenso U. v. 17. 7. 61, (Handwerk), NJW 61, 1012 l. Sp. Mitte.

211) Diese Eingriffe sind nicht zu verwechseln mit enteignenden oder enteignungsähnlichen Eingriffen des Staates im Sinn des Enteignungsrechtes. Vielmehr handelt es sich um die Frage der Aushöhlung des Eigentums als der Inbegriff aller vermögenswerten Rechtspositionen durch die mit überhöhten Preisforderungen möglicherweise verbundene Entwertung des Vermögens. Sie wird wohl auch von Staats wegen nur sehr selten zu rechtfertigen sein.

2. Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch Beschränkung des Wettbewerbs sind nur durch den Staat oder mit staatlicher Billigung und nur dann zulässig, wenn sie der Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert.
3. Fehlen die Voraussetzungen des Wettbewerbs, wie im Monopol gleich welcher Art, so wird unmittelbar die Eigentumsfreiheit der Kunden berührt. Eine Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit durch Preisforderungen, die über die bei Wettbewerb zu erwartenden hinausgehen, ist unzulässig.
4. Denkbar sind solche Eingriffe aber, wenn sie der Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zwingend fordert und sie der Staat vornimmt. ²¹¹⁾

IV. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER OLIGOPOLREGELUNG

1. Gesetzgeber und Verfassungsauftrag

Der Gesetzgeber war sich seines Verfassungsauftrages, die wirtschaftlichen Freiheiten durchzusetzen, bewußt.

So heißt es in der BEGRÜNDUNG des Regierungsentwurfs, eine gesetzlich geordnete Wirtschaftsverfassung bilde das wirtschaftspolitische Gegenstück zur politischen Demokratie. Während als deren Inhalt das politische Mitbestimmungsrecht jedes Staatsbürgers anzusehen sei, stelle "die Wettbewerbsordnung die wirtschaftlichen 'Grundrechte' der Freiheit der Arbeit und der Verbrauchswahl sicher" ²¹²⁾. In dieselbe Richtung weist auch der AUSSCHUSSBERICHT, wenn er sagt, die Wettbewerbswirtschaft werde nicht nur aus Gründen ökonomischer Zweckmäßigkeit verlangt, sondern auch aus einer grundlegenden gesellschaftspolitischen Zielsetzung: wegen der Gefahr privater wirtschaftlicher Machtanhäufung für eine freiheitliche Gesellschafts- und Staatsordnung ²¹³⁾. Aus den BERATUNGEN des Gesetzes im Bundestag sind besonders die Worte des damaligen Bundeswirtschaftsministers aufschlußreich für den Standpunkt der Regierung: "Ich erkenne in dem Ordnungssystem der sozialen Marktwirtschaft die ökonomische Grundlage eines demokratischen Staatswesens, das als unantastbaren Wert die menschliche Freiheit setzt. Es ist darum auch eine fast banale Selbstverständlichkeit, daß eine marktwirtschaftliche Ordnung auf dem Prinzip der Freiheit und Freizügigkeit beruht; und darum ist es die Aufgabe des Staates, darüber zu wachen, daß dieses Grundrecht der wirtschaftenden Menschen nicht durch private kollektive Bindun-

211) siehe S. 106 unten.

212) BEGRÜNDUNG, A IV.

213) HELLWIG, BERICHT I, B I gegen Ende.

gen und Vereinbarungen außer Kraft gesetzt wird. ²¹⁴⁾... Durch die Kartellbehörde wacht der Staat darüber, daß die Grundsätze einer freien demokratischen Gesellschaftsordnung gewahrt bleiben" ²¹⁵⁾. Aber auch einzelne Abgeordnete stellten den freiheitlichen Gehalt des Gesetzes in den Vordergrund, so etwa Professor BÖHM, nach welchem das Gesetz den in seiner Bedeutung noch unterschätzten Gedanken der Gewerbefreiheit betone, oder der Abgeordnete HORLACHER, demzufolge oberster Gedanke des Gesetzes die Freiheit der Person im Wirtschaftsleben sei ²¹⁶⁾.

Die Durchführung des Verfassungsauftrages wie auch die Verwirklichung der wirtschaftspolitischen Überzeugung, die sich der Gesetzgeber zueigen gemacht hatte, schließt ein, daß der Wettbewerbsgedanke grundsätzlich auch im Bereich der Oligopolmärkte durchzusetzen war. Für dies Bestreben des Gesetzgebers finden sich genügend Anhaltspunkte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens.

2. Die dem heutigen § 22 vorangehenden Formulierungen

Zunächst seien die Formulierungen, die den heutigen § 22 im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vorbereitet haben, zusammengestellt, da sich aus ihnen und ihren jeweiligen tatsächlichen oder auch nur vorgeschlagenen Änderungen wichtige Schlüsse ziehen lassen.

a) Der REGIERUNGSENTWURF ²¹⁷⁾ hatte folgenden Wortlaut:

"(1) Soweit einem Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht gegenübersteht, insbesondere soweit ein Unternehmen mit Rücksicht auf die Größe seines Marktanteils in der Lage ist, die Erzeugung für eine bestimmte Art von Waren oder die Preise und Geschäftsbedingungen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten und dadurch den Markt fühlbar zu beeinflussen (marktbeherrschendes Unternehmen), kann die Kartellbehörde dem Unternehmen untersagen,
1. bei Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen Preise zu fordern oder anzubieten, die unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung bemessen sind;

214) 2. DBT, 76. Sitzung, Protokolle S. 4207.

215) 2. DBT, 76. Sitzung, Protokolle S. 4209.

216) vgl. 2. DBT, 223. Sitzung, Protokolle S. 13250 und 77. Sitzung, Protokolle S. 4239.

217) 2. DBT, Drucksache 1158, Anlage 1.

2. bei Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen Geschäftsbedingungen anzuwenden, die unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung abgefaßt sind;

3. den Abschluß von Verträgen über diese Waren oder gewerblichen Leistungen davon abhängig zu machen, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt.

(2) ..."

b) Der Änderungsvorschlag des BUNDESRATES ²¹⁸⁾ lautete:

"(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, soweit ihm für eine bestimmte Art von Waren oder Leistungen ein wesentlicher Wettbewerbsdruck gegenübersteht, insbesondere, soweit es mit Rücksicht auf die Größe seines Marktanteils in der Lage ist, die Erzeugung für eine bestimmte Art von Waren oder die Preise und Geschäftsbedingungen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu gestalten und dadurch den Markt fühlbar zu beeinflussen.

(2) Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen, zwischen denen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und die in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

(3) Die Kartellbehörde hat einem der in Absatz 1 oder 2 genannten Unternehmen, sofern es

1. den Abschluß von Verträgen über Waren oder Leistungen auf dem von ihm beherrschten Markt davon abhängig macht, daß der Vertragsgegner sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Waren oder Leistungen abnimmt, oder

2. nach Auffassung der Kartellbehörde seine marktbeherrschende Stellung in sonstiger Weise mißbraucht, insbesondere beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen, solche Maßnahmen zu untersagen.

(4) Im Falle des Absatzes 2 kann die Kartellbehörde gegen alle Unternehmen nach Absatz 3 vorgehen."

c) Der Gegenvorschlag der BUNDESREGIERUNG ²¹⁹⁾ zu Absatz 2 wurde wie folgt formuliert:

"(2) Als marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen, die zusammenwirkend in gleichförmigem Verhalten den Markt wesentlich beeinflussen."

218) 2. DBT, Drucksache 1158, Anlage 2.

219) 2. DBT, Drucksache 1158, Anlage 3.

d) Der AUSSCHUSS für Wirtschaftspolitik beschloß die Fassung des § 17 ²²⁰⁾, die dann als § 22 Gesetz geworden ist.

e) Im Zuge der Novellierung des Gesetzes forderte das GUTACHTEN des wissenschaftlichen Beirates des Bundeswirtschaftsministeriums vom 23.6.62 ²²¹⁾, zur Erfassung der Vielfalt möglicher Mißbräuche bei marktbeherrschenden Unternehmen die Schaffung einer Generalklausel; die im bisherigen § 22 genannten Verhaltensweisen sollten nur als Beispiele eines Mißbrauchs aufgeführt werden. ²²²⁾

f) Auch die BUNDESREGIERUNG hielt, in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt, die bisherige Fassung des § 22 III Nr. 1 und 2 für zu eng und schlug vor, die Bestimmung durch die Generalklausel zu ersetzen:

"(3) Die Kartellbehörde hat gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen die in Absatz 4 genannten Befugnisse, soweit diese Unternehmen auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzen ²²³⁾. "

g) In dieser Fassung hat die Bundesregierung den neuen Absatz 3 dem Parlament vorgelegt, hat dieser Ausschuß und Beratungen durchlaufen und ist schließlich Gesetz geworden.

3. Die Erläuterungen zu den Entwürfen der ursprünglichen Fassung

a) Die BEGRÜNDUNG zum Regierungsentwurf betrachtet es als Aufgabe des Gesetzgebers, auf Märkten unvollständiger Konkurrenz "die mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung" zu verhindern, um so das wirtschaftspolitische Gegenstück zur politischen Demokratie zu schaffen, durch Sicherstellung der wirtschaftlichen "Grundrechte" der Freiheit der Arbeit und der Verbrauchswahl ²²⁴⁾.

Wenn nach dem Entwurf des § 17, "die Tatsache allein, daß ein Unternehmen . . . marktbeherrschend ist . . . zunächst rechtlich ohne Folgen" bleiben sollte ²²⁵⁾,

220) 2. DBT, Drucksache 3644.

221) ANLAGE zum Bericht der Bundesregierung über Änderungen, Drs. IV/617, 4. DBT.

222) GUTACHTEN, aaO, S. 96 Rdn. 46.

223) BERICHT über Änderungen, aaO, S. 70, 3.3. Vorschlag vor 1.

224) BEGRÜNDUNG, A IV.

225) BEGRÜNDUNG, C zu § 17, Nr. 5.

so bedeutet dies kein Abgehen von dem zuvor ausgedrückten Unwerturteil über die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheiten. Denn der Gesetzgeber hatte allein den Fall im Auge, daß ein Unternehmen entweder allein steht oder daß "zwar noch andere Unternehmen bestehen, die jedoch wegen ihres geringfügigen Marktanteils oder, weil sie sich völlig der Geschäftspolitik des ersten Unternehmens anschließen, keinen wesentlichen Wettbewerb darstellen" ²²⁶⁾. Das völlige Sichanschließen der letzten Alternative stellt sich für das "führende" Unternehmen als unabänderliche Tatsache dar ²²⁷⁾. Der Gesetzgeber konnte mit allein gegen das führende Unternehmen beabsichtigten Maßnahmen eine solche Wettbewerbsbeschränkung gar nicht verhindern. Die Regelung entsprach damit der zu engen Sicht des Oligopolproblems als eines bloßen Führer-Gefolgschaft-Verhältnisses.

b) Erst der Änderungsvorschlag des BUNDESRATES sah in den Absätzen 3 und 4 Maßnahmen auch gegen die anderen Unternehmen vor. Die bisherige Zielsetzung gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen sollte dadurch nicht eingeschränkt, sondern im Gegenteil, sollten "die von marktbeherrschenden Unternehmen bisweilen ausgehenden Beschränkungen des Wettbewerbs und die Vorzugstellung im Wettbewerb stärker als durch den bisherigen § 17" einer Kontrolle unterworfen werden ²²⁸⁾. Es blieb also dabei, daß die wirtschaftlichen Freiheiten auch auf Oligopolmärkten durchgesetzt werden sollten.

c) Das brachte erneut auch die BUNDESREGIERUNG in ihrer Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des BUNDESRATES zum Ausdruck. "Um ... den Wettbewerb auch auf Oligopolmärkten so weit wie möglich aufrechtzuerhalten", schlug sie vor, "das Eingriffsrecht in den Fällen zuzuerkennen, in denen mehrere Unternehmen gleichförmig zur Beeinflussung des Marktes zusammenwirken" ²²⁹⁾. Dieser Satz ist so zu verstehen, daß das Eingriffsrecht bereits an die Voraussetzung des gleichförmigen Zusammenwirkens zur Beeinflussung des Marktes anknüpfen sollte. Nur so konnte auch das Ziel verwirklicht werden, den Wettbewerb "soweit wie möglich" aufrechtzuerhalten. Das gleichförmige Zusammenwirken sollte sicher nicht als durchweg naturgegeben hingenommen werden. Zumindest mußte die Unvermeidbarkeit des Zusammenwirkens im Einzelfall geprüft werden können.

Diesem Ziel entsprach indessen nicht die Regelung des § 17, wie sie sich nach Einfügung des Vorschlages der BUNDESREGIERUNG als Absatz 2 ergab. Denn

226) BEGRÜNDUNG, C zu § 17, Nr. 2.

227) von Fällen einer erzwungenen Gefolgschaft abgesehen.

228) ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21, § 17, Begründung.

229) STELLUNGNAHME, II. 8.

Absatz 3 des BUNDESRATSVorschlags blieb erhalten, der insbesondere in seiner Nr. 2 das Eingriffsrecht der Behörde erst noch davon abhängig machte, daß ein Unternehmen "nach Auffassung der Kartellbehörde seine marktbeherrschende (!) Stellung in sonstiger Weise mißbraucht, insbesondere beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen" ²³⁰⁾. Die "marktbeherrschende Stellung" wird hier also - genau wie im ursprünglichen Entwurf des § 17 I Nr. 1 u. 2, aus dem ja der Änderungsvorschlag des BUNDESRATES entwickelt worden war - als gegeben hingenommen, während sie doch nach dem Änderungsvorschlag der BUNDESREGIERUNG gerade Anknüpfungspunkt für das Eingriffsrecht sein sollte.

d) Die Diskrepanz zwischen Zielsetzung für § 17 und Regelung des § 17 nach dem Änderungsvorschlag der BUNDESREGIERUNG beruht offenbar auf einem Versehen. Der REGIERUNGSENTWURF mußte - wie dargelegt - von seinem Standpunkt aus die Marktbeherrschung des "führenden" Unternehmens als unabänderlich hinnehmen. Der Mißbrauch konnte also erst jenseits dieser Grenze beginnen.

Dem BUNDESRAT dann kam es vor allem darauf an, das Eingriffsrecht auch auf die bisher vernachlässigten anderen Unternehmen zu erstrecken und die Eingriffsvoraussetzungen des Entwurfs um eine Generalklausel zu erweitern. Auf das innere Verhältnis der Unternehmen untereinander ist er nicht eingegangen. Die Schaffung des Absatzes 2, der im wesentlichen in den späteren § 22 übernommen wurde, diente nur der Klarstellung der bisherigen Regelung des Entwurfs ²³¹⁾.

Der BUNDESRAT bemerkte daher gar nicht, daß er nun, mit dem in Absatz 3 vorgesehenen Eingriffsrecht auch gegen die anderen Unternehmen, die bisherige Zielsetzung nur durchführen konnte, wenn er die Beseitigung des Wettbewerbs nicht länger hinnahm. Schon der BUNDESRAT hätte also das Eingriffsrecht an die Beschränkung des Wettbewerbs knüpfen müssen, wie das die BUNDESREGIERUNG mit ihrem Änderungsvorschlag beabsichtigte. Daß er es nicht tat, ist allein damit zu erklären, daß ihm die Problematik oligopolistischer Märkte und die gesetzgeberischen Möglichkeiten noch nicht genügend klar waren. Hätte der BUNDESRAT wirklich von der bisherigen freiheitlichen Zielsetzung des Gesetzes abrücken wollen, indem er die im Oligopol blind folgenden Unternehmen nicht mehr nur unbeachtet ließ, sondern ihr wettbewerbsbeschränkendes

230) ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21.

231) Die Verschärfung der Vorschrift steckt in dem Mißbrauch "in sonstiger Weise" des Absatzes 3, Nr. 2; die Definition des Absatzes 2 wurde geschaffen "zwecks besserer Übersicht" und um auch die anderen Oligopolunternehmen neben dem "führenden" in den Griff zu bekommen; vgl. ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21, Begründung.

Verhalten ausdrücklich dem wettbewerbbeschränkten Zustand des Monopols gleichstellte, hätte er sich darüber deutlicher ausgesprochen als in dem allgemein gehaltenen Satz: "Das Anliegen ... Beschränkungen des Wettbewerbes ... stärker als durch den bisherigen § 17 einer Kontrolle zu unterwerfen ... darf aber nicht zu einem übermäßigen staatlichen Dirigismus in innerbetriebliche Verhältnisse zu einer Lähmung echter Unternehmer- und Forscherinitiative und zu einer Diffamierung führen" ²³²⁾. Dieser Satz ist nichts anderes als eine politische Deklamation, die nicht als Bezeichnung einer Einschränkung der freiheitlichen Zielsetzung des Gesetzes gemeint sein konnte. Es wird sich nämlich zeigen, daß auch bei konsequenter Durchführung der freiheitlichen Zielsetzung dem staatlichen Dirigismus Grenzen gesetzt sind.

Die BUNDESREGIERUNG schließlich, die immerhin das Moment des gleichförmigen Zusammenwirkens in die Debatte gebracht und damit eine gegenüber ihrem Entwurf fortgeschrittene Einsicht in das gegenseitige Verhältnis von Oligopolunternehmen bewiesen hatte, legte die Formulierung des BUNDESRATES für Absatz 3 zugrunde, ohne sie vorab an Hand ihrer eigenen Zielsetzung zu überprüfen. Sie glaubte offenbar, daß der BUNDESRAT das Oligopolproblem der allgemeinen Zielsetzung entsprechend in die Regelung neu einbezogen und eingepaßt habe ²³³⁾, während der BUNDESRAT selbst nur die bereits bestehende Regelung des Entwurfs verdeutlichen und verschärfen wollte ²³⁴⁾. So kam es, daß die BUNDESREGIERUNG, die - wenn auch auf Anstoß durch den BUNDESRAT - das Oligopolproblem der allgemeinen freiheitlichen Zielsetzung des Gesetzes entsprechend neu regeln wollte, irrtümlich auf eine Regelung zurückgriff, die diesem Ziel nicht dienen konnte und nach ihrem ursprünglichen Zweck auch nicht dienen wollte. An der Zielsetzung der beteiligten Gesetzgebungsorgane als solcher wurde durch diesen Irrtum nichts geändert.

e) Auch der AUSSCHUSSBERICHT betont ausdrücklich, daß er für oligopolistische Märkte das "Wettbewerbsprinzip" nur insoweit eingeschränkt wissen will, als die "Unmöglichkeit ... eine vollständige oder annähernd vollständige Konkurrenz herzustellen" reicht ²³⁵⁾. Nur soweit ein Wettbewerb unmöglich ist, soll sein Fehlen also hingenommen werden.

Damit wäre unvereinbar ein Hinnehmen jeglicher oligopolistischer Wettbewerbsbeschränkung, ohne Prüfung ihrer Unvermeidbarkeit im Einzelfall. Davon ist nach dem AUSSCHUSSBERICHT aber auch nicht die Rede. Es heißt dort: Es sei

232) ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21, Begründung.

233) HELLWIG, Bericht I., B. III. 4. Absatz.

234) vgl. oben F. 231 auf S. 112.

235) HELLWIG, Bericht I., C II zweite Hälfte.

in § 17 der Fall "zu erfassen", in dem auf einem oligopolistischen Markt tatsächlich kein Wettbewerb mehr vorhanden ist und die auf diesem Markt tätigen Unternehmen in ihrer Gesamtheit wie ein Monopol handeln; der Fall des bewußten Zusammenwirkens zur Beschränkung des Wettbewerbs, den die BUNDESREGIERUNG meine, sei bereits durch § 1 "erfaßt", so daß es der Berücksichtigung des subjektiven Elementes in § 22 nicht mehr bedürfe.²³⁶⁾ Unter "Erfassen" versteht der Ausschuß danach das Aufstellen einer Tatbestandsvoraussetzung im strengen Sinne, an die unmittelbar die Rechtsfolge anknüpft, d.h. in § 1 die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte und in § 17 die Eingriffsermächtigung der Behörde.

Sollte die Eingriffsermächtigung somit zunächst unmittelbar an die objektive Wettbewerbslosigkeit anknüpfen können, so steht damit jedenfalls fest, daß nach dem Willen des AUSSCHUSSES der wettbewerbslose Zustand nicht grundsätzlich als solcher hingenommen werden sollte.

Bestätigt wird dies Ergebnis dadurch, daß der AUSSCHUSS die Zielsetzung der BUNDESREGIERUNG, das Eingriffsrecht in den Fällen des Zusammenwirkens zu gewähren²³⁷⁾, grundsätzlich anerkennt und sogar noch darüber hinausgeht: Nur wegen seiner Absicht, schon die objektive Wettbewerbslosigkeit zu erfassen, folgte der AUSSCHUSS, nach der Formulierung des Berichtes zu urteilen, dem Vorschlag eines subjektiven Erfordernisses nicht.²³⁸⁾

Inwieweit der vom AUSSCHUSS gewählte Ausdruck seiner Zielsetzung gerecht wird, ist später zu prüfen. Hier soll nur angemerkt werden, daß der AUSSCHUSS die bisherige Beschreibung der Tatbestandsvoraussetzung als Mißbrauch der markt"beherrschenden" Stellung geändert hat in mißbräuchliche Ausnutzung der "Markt"stellung und damit gewollt oder ungewollt einen vielleicht entscheidenden Mangel der Formulierung beseitigt hat.

Es ergibt sich somit, daß der Gesetzgeber auch für Oligopolmärkte in § 17 die freiheitliche Zielsetzung des Gesetzes durchführen wollte, soweit dies nicht "unmöglich" sein würde.

f) In scheinbar unlösbarem Widerspruch hierzu steht, daß in den BERATUNGEN dem § 17 nur die Bedeutung zuerkannt wurde, erst zum Zuge zu kommen, "wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ungerechtfertigte Preise fordert oder anbietet, ungerechtfertigte Geschäftsbedingungen anwendet oder unzulässige

236) ILLERHAUS, Bericht IV., zu § 17.

237) oben B.IV.2. b) S. 109.

238) ILLERHAUS, Bericht IV, zu § 17 dritter Absatz.

Kopplungsgeschäfte tätig" ²³⁹⁾, wenn mehrere Unternehmen, "die sich am Markt als sogenannte Oligopole tatsächlich gleichartig verhalten", der Versuchung erliegen, diese ihre starke Stellung am Markt zu mißbrauchen ²⁴⁰⁾. Mit dieser Auslegung des § 17 glaubte man alle denkbaren Mißbräuche einer Marktstellung erfaßt. Es wurde hierzu auf Beispiele verwiesen, die schon in den AUSSCHUSSBERATUNGEN Zweifeln entgegengehalten worden waren, wie z. B. den Fall der Produktionseinschränkungen ²⁴¹⁾.

Andererseits wurde aber die Auffassung vertreten, man könne mit dieser Auslegung die Absicht verwirklichen, dem BUNDESKARTELLAMT alle Möglichkeiten zu geben, das Neuland der Oligopole zu durchforsten; ferner, daß nur bei Vorliegen ganz bestimmter von der Kartellbehörde geprüfter Voraussetzungen Abweichungen vom Wettbewerbsprinzip im Wege der Genehmigung (gemeint sein kann damit nur: im Wege des Nichteinschreitens) zugelassen werden sollten ²⁴²⁾.

Was aber sollte noch durchforstet werden, wenn es nur auf die Angemessenheit der Preise ankam? Der Grund für diesen Widerspruch ist darin zu suchen, daß Unsicherheit nicht in der politischen Überzeugung, sondern über den zu regelnden Sachverhalt bestand. Soweit man bereits die Wettbewerbsbeschränkung erfassen wollte - wie z. B. ganz besonders deutlich die BUNDESREGIERUNG in ihrer Stellungnahme zum Vorschlag des BUNDESRATES oder der zuletzt genannte Abgeordnete in den BERATUNGEN ²⁴³⁾ - ging man von der Erkenntnis aus, daß im Oligopol Wettbewerb möglich sei. Soweit man die Wettbewerbsbeschränkung als solche hinnehmen zu müssen glaubte und erst ein darüber hinausgehendes Verhalten als Mißbrauch betrachtete - wie etwa der Abgeordnete SCHÖNE ²³⁹⁾ - ging man offenbar von der Naturbedingtheit der Wettbewerbsbeschränkung aus.

Diese Unsicherheit über die Verhältnisse im Oligopol und über die gesetzgeberischen Möglichkeiten war durch den AUSSCHUSSBERICHT eher gefördert als behoben worden. Es wurde früher ²⁴⁴⁾ nachgewiesen, daß der AUSSCHUSS nur die Fälle vertraglicher Absprachen (in § 1) und furchtdiktierten tatsächlichen Fehlens

239) so der Abgeordnete Dr. SCHÖNE (SPD), vgl. 2. DBT, 77. Sitzung, Protokolle S. 4275 I. Sp.

240) so der Abgeordnete LANGE (SPD), vgl. 2. DBT, 222. Sitzung, Protokolle S. 13152/53.

241) vgl. den Abgeordneten Dr. POHLE (CDU/CSU), 2. DBT, 222. Sitzung, Protokolle S. 13154; mit den Zweifeln ist die SPD gemeint.

242) so der Abgeordnete Dr. HOFFMANN (FDP), vgl. 2. DBT, 222. Sitzung, 3.7.57, S. 13154.

243) oben B. IV. 3. (S. 111 und S. 115 oben).

244) oben B. I. 2. gegen Ende (S. 65).

von Wettbewerb (in § 17) sicher einzuordnen wußte, daß er daneben zwar noch eine dritte Gruppe, nämlich willensmäßige Verständigung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungscharakter, die identisch ist mit der Gruppe bewußten Zusammenwirkens der BUNDESREGIERUNG, erkannte, aber sozusagen in der Luft hängen ließ. Bei den BERATUNGEN nun ging sie ganz einfach verloren.

Dabei sind gerade dies die eigentlich problematischen Oligopolfälle. Wie die wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchungen zeigen ²⁴⁵⁾, beruhen das Gleichgewicht im Oligopol und seine Verschiebungen auf einem fortwährenden stillschweigenden Abstimmungsprozeß ²⁴⁶⁾. Damit erübrigen sich vertragliche Absprachen. Daß schließlich in unserer modernen Wirtschaft die Furcht vor ruinöser Konkurrenz als beherrschendes Motiv oligopolistischen Wettbewerbsverzichtes ausscheidet, wird noch näher dargelegt werden.

Der dem § 22 II mit III verbleibende Anwendungsbereich erweist sich somit nach den zitierten Äußerungen aus den BERATUNGEN als verschwindend gering, weil - nicht zuletzt wohl auf Grund des AUSSCHUSSBERICHTES - gerade die typischen Oligopolfälle nicht bedacht wurden.

245) die auch heute, trotz der von SHUBIK verfeinerten Spieltheorie und der mathematischen Ableitungen KRELLES, im Grunde nicht über den Erkenntnisstand FELLNERS hinausgekommen sind, wie dieser ihn im Jahre 1949 bereits formuliert hat.

246) FELLNER, Competition, S. 23, kennzeichnet diesen Prozeß als "very much like 'making offers' and seeing whether they are accepted or rejected"; S. 15/16: "Each party tries to find out from the responses of the other parties what the ultimate consequences of its own patterns of behavior are; and each party tries to discover which of the alternative pattern of behavior results in mutual reactions that are in the nature of a tacit agreement (or convention), and are more favorable from his point of view than any other tacit agreement acceptable to the others. Such process may be termed implicit bargaining or quasi-bargaining (wobei "bargaining" wohl am besten mit "gegenseitiger Abstimmung der individuellen Interessen" zu übersetzen sein wird) ... We may say that all problems of conjectural interdependence are essentially problems of bargaining ... in the broader sense, ... including quasi-bargaining".

4. Der maßgebende Inhalt des gesetzgeberischen Willens bei der ursprünglichen Regelung

Der zuletzt aufgezeigte Widerspruch wirft die Frage auf, ob überhaupt noch von einem bestimmten feststellbaren Willen des (historischen) Gesetzgebers gesprochen werden kann.

Bereits früher wurde darauf hingewiesen, daß als einziger sicherer Anhaltspunkt die zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens hervorgetretenen leitenden Ideen dienen können und sich die Prüfung im wesentlichen darauf beschränken muß, festzustellen, ob und inwieweit sie bei Verabschiedung des Gesetzes noch maßgebend waren. Der Blick in die Entstehungsgeschichte der Regelung für Oligopolmärkte hat gezeigt, daß die als *volonté générale* nicht zu anspruchsvoll bezeichnete Forderung nach weitestmöglicher Durchsetzung des Wettbewerbs niemals aufgegeben oder auch nur eingeschränkt worden ist. Es blieb auch dabei, daß mit der zu schaffenden Regelung dem BUNDESKARTELLAMT ein Mittel an die Hand gegeben werden sollte, entsprechend den fortschreitenden wissenschaftlichen Erkenntnissen das Verhalten der in Oligopolstellung befindlichen Unternehmen in den Griff zu bekommen.

Die mit diesem Ziel unvereinbaren Äußerungen des Gesetzgebers an anderen Stellen, die nicht mehr auf den Wettbewerb, selbst in seiner gemäßigten Form der "workable competition", auf das Verhalten der Unternehmen also, sondern auf das Marktergebnis, die Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen, abstellen, lassen sich offenbar nach Ansicht des Gesetzgebers mit der freiheitlichen Zielsetzung ohne weiteres vereinbaren.

Ein besonders treffendes Beispiel für das Nebeneinander von an sich freiheitlicher Zielsetzung und einer damit unvereinbaren engen Auffassung der Regelung des § 22 durch einzelne Mitglieder der Gesetzgebungsorgane gibt der Abgeordnete SCHÖNE. Er wurde oben für die betont enge Interpretation des § 17 in den BERATUNGEN zitiert ²⁴⁷⁾. Am selben Tage hatte derselbe Abgeordnete (für die SPD) ausgeführt: "So setzen wir die These: Wettbewerb soweit wie möglich... Bedeutet das nun, daß wir für die Wirtschaftsbereiche, in denen nach unserer Meinung ein funktionierender Wettbewerb nicht mehr verwirklicht werden kann, Kartelle und andere Marktorganisationen für richtig und zulässig halten? Die Anerkennung von Kartellen, Zusammenschlüssen und anderen Machtorganisationen am Markt würde bedeuten, daß einer Gruppe von Menschen das Recht zugesprochen würde, die Freiheit so zu genießen und so aufzufassen, wie sie wollen, ohne Rücksicht auf die Freiheit oder den Grad der Unfreiheit der anderen. Diese

²⁴⁷⁾ oben B.IV.3. (S. 114/115) bei F. 239.

Erkenntnis allein verbietet es uns, Kartelle und dergleichen in diesen Wirtschaftsbereichen zu bejahen ... In Wirtschaftsbereichen, in denen ein Wettbewerb nicht mehr effektuiert werden kann, müssen marktordnende Institutionen die Ordnungsfunktion übernehmen, Zusammenschlüsse mit staatlicher Genehmigung und unter staatlicher Aufsicht." 248)

Alle diese Äußerungen, ob sie sich nun gegen die eigenmächtige private Wettbewerbsbeschränkung wenden, wie die zuletzt zitierte, oder ob sie als Ziel die Verhütung ungerechtfertigter Preise usw. setzen, werden auf die bereits formulierte Regelung bezogen, ohne diese in Frage zu stellen. Sie vertragen sich also offenbar nicht nur untereinander, sondern auch mit dem zur Beratung stehenden Gesetz.

Schon hieraus wird deutlich, daß es sich bei den bisher als Widerspruch im gesetzgeberischen Willen verdächtigten Bemerkungen nur um eine eigene vorweggenommene Interpretation dessen, was der Gesetzgeber von der praktischen Durchführung der geschaffenen Regelung erwartet, handeln kann. Sie betreffen somit nicht mehr den Regelungswillen des Gesetzgebers, der nach wie vor von seiner freiheitlichen Zielsetzung getragen ist: Wettbewerb soweit wie möglich, auch für Oligopolmärkte. Sondern sie betreffen die Frage: Wann wird die Behörde von ihrem Eingriffsrecht Gebrauch machen? Nämlich ganz sicher z.B. bei ungerechtfertigten Preisforderungen.

Diese enge Interpretation der Vorschrift erklärt sich aus dem früher aufgezeigten begrenzten Stand der Erkenntnisse, von denen der Gesetzgeber ausgegangen ist 249). Hätte man sich in den BERATUNGEN zu § 17 der im AUSSCHUSS-BERICHT wenigstens erwähnten oligopolistischen Verhaltensweisen, die weder auf Furcht noch auf vertraglicher Absprache, sondern auf rechtlich unverbindlicher Abstimmung des Verhaltens beruhen, erinnert, wäre man mit Sicherheit zu einer weiteren Interpretation gekommen. Als "ungerechtfertigt" wären dann vielleicht Preise usw. erschienen, die durch gegenseitige Abstimmung zwar weniger ausbeuterisch hoch, dafür aber erstarrt und anpassungsunfähig geworden sind, m. a. W., bereits der nachhaltige Wettbewerbsverzicht wäre als möglicher Eingriffsgrund hervorgehoben worden.

Das Wesen der genannten Äußerungen des Gesetzgebers als eigene vorweggenommene Interpretation seiner Regelung wurde hier zunächst nur aus ihrem Verhältnis zu der im gleichen Atemzug immer wieder ausgesprochenen freiheitlichen Zielsetzung des Gesetzes und - in den BERATUNGEN - aus dem Verhältnis beider zur bereits fertig formulierten Regelung geschlossen. Eine endgültige Bestätigung

248) Dr. SCHÖNE (SPD), 2. DBT, 77. Sitzung, Protokolle S. 4271.

249) oben B.I. 2. (S. 65) a. E.

hierfür wird sich aber erst auf Grund des Wortlauts und der Systematik der getroffenen Regelung selbst ergeben. Erst dann nämlich, wenn die Regelung tatsächlich Ausdruck dieser Zielsetzung ist, wenn wirklich den rechtsanwendenden Organen das Urteil darüber, was an Wettbewerb auf Oligopolmärkten möglich ist, übertragen ist, können die zitierten Bemerkungen endgültig als unmaßgebliche Interpretationsversuche des Gesetzgebers abgetan werden.

5. Die Entstehungsgeschichte der Novelle 250)

a) Das Unbehagen über die als nicht praktikabel und als unvollständig empfundene gesetzliche Regelung des Oligopolproblems hat bereits im Juni 1961 zu dem dann einstimmig angenommenen ANTRAG aus der Mitte des 3. Deutschen Bundestages geführt, daß die Bundesregierung aufgefordert werde, einen Bericht unter anderem darüber vorzulegen, welche Folgerungen aus den bisherigen Erfahrungen der Kartellbehörde mit den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen gezogen werden müßten. Die Bundesregierung wurde gleichzeitig aufgefordert, die erforderlichen Änderungen vorzuschlagen. 251)

b) Im August des folgenden Jahres hat die Bundesregierung ihren BERICHT über Änderungen des Gesetzes vorgelegt, zusammen mit dem GUTACHTEN des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium, welches dem Bundestag als Arbeitsunterlage dienen sollte 252).

aa) Das GUTACHTEN hat den vom Ausschuß seinerzeit gestreiften 253), in den Beratungen aber wieder aus dem Blickfeld geratenen 254) Sachverhalt der willensmäßigen Verständigung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungscharakter zwischen Oligopolunternehmen wieder aufgegriffen. Es sieht beim Oligopol "die Gefahr, daß Parallelverhalten, Verdrängungsstrategie oder andere wettbewerb-beschränkende Verhaltensweisen schließlich zur kollektiven oder individuellen Marktbeherrschung führen" 255). Es erkennt, daß sich marktbeherrschende Unternehmen - "im Gegensatz zu Unternehmen in schwächerer Marktposition - auch ohne jede Kartellvereinbarung ungerechtfertigte Vorteile im Wettbewerb verschaffen" könnten: "Erfahrungsgemäß stehen ihnen vielfältige Verhaltensweisen offen, die den Wettbewerb nachhaltig beeinträchtigen, die aber nur schwer kontrollierbar sind" 256).

250) Ges. z. Änd. d. GWB v. 15.9.1965, BGBI. I, S. 1363.

251) Drs. 2886, 3. DBT, 29.6.61; vgl. auch Drs. IV/617/I.1.

252) Drs. IV/617, 4. DBT, 22.8.62.

253) oben B I 2 (S. 65).

254) oben B IV 3 (S. 115/16).

255) Drs. IV/617, 4. DBT, S. 95.

256) aaO. S. 94 Rn. 36.

Nicht zu Unrecht bemerkten die konsequentesten Gegner jeglicher Novellierung des Gesetzes, daß die Änderungsvorschläge die im Jahre 1957 mit der Verabschiedung des Gesetzes abgeschlossene Debatte wieder aufnehmen wollten; zu Unrecht meinten sie jedoch, daß dies im Bereich der marktbeherrschenden Unternehmen mit den bereits damals ausgiebig diskutierten Argumenten geschehen sollte ²⁵⁷⁾. Mögen die anstehenden Fragen in Interessentenkreisen auch ausdiskutiert gewesen sein. Im Parlament war dies - wie nachgewiesen ²⁵⁴⁾ - nicht geschehen.

Das GUTACHTEN greift auch die verfassungsrechtliche Problematik wieder auf und formuliert sie, wie es deutlicher nicht hätte geschehen können: "Wirtschaftliche Machtstellungen sind dazu angetan, eine 'Verfassungswirklichkeit' zu schaffen, die der geschriebenen Verfassung demokratischer Staaten zuwiderläuft und dahin tendiert, die Funktion der verfassungsmäßigen Organe zu beeinträchtigen. Indem der Wettbewerb wirtschaftlichen Machtstellungen entgegenwirkt, sie entweder gar nicht entstehen läßt oder schon bestehende durch immer wiederholte Angriffe schwächt, unter Umständen sogar auflöst, trägt er dazu bei, das gesellschaftliche und staatliche Leben vor eigennützigen Einflüssen unkontrollierter Macht zu schützen und das Walten der allein legitimen, demokratisch kontrollierten Macht zu sichern; damit sichert er zugleich den Rechtsstaat. ²⁵⁸⁾

Unmittelbar aus dieser Erkenntnis leitet sich die Forderung des GUTACHTENS ab nach einer Wettbewerbspolitik, die sich nicht nur einseitig gegen bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere durch Vertrag, richtet, sondern "gleichzeitig auch dem Zusammenschluß zu marktbeherrschenden Unternehmen entgegenwirkt und der Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen Grenzen zieht" ²⁵⁹⁾; eine aktive Wettbewerbspolitik müsse sich einmal mit den bereits bestehenden marktbeherrschenden Unternehmen auseinandersetzen; zum anderen müsse sie entscheiden, ob und wie dem "Entstehen solcher Unternehmen" begegnet werden könne und solle ²⁶⁰⁾. Alle marktbeherrschenden Unternehmen seien einer wirksamen Mißbrauchsaufsicht zu unterwerfen. Diese habe dem Unternehmen "solche Verhaltensweisen zu untersagen, die ihm allein auf Grund seiner Marktmacht offenstehen, die einem einzelnen Unternehmen bei Vorherrschen von Wettbewerb unmöglich wären". ²⁶¹⁾

Diese Zielsetzung entspricht ihrer Formulierung nach unverändert dem bisherigen Anliegen des Gesetzgebers, welches zur ursprünglichen Fassung des Gesetzes ge-

257) so besonders der BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE, vgl. BERICHT über Änderungen aaO. S. 75, V. 6. 2.

258) GUTACHTEN, aaO. S. 91 Rdn. 17.

259) GUTACHTEN, aaO. S. 94 Rdn. 36.

260) GUTACHTEN, aaO. S. 94, Rdn. 37.

261) GUTACHTEN, aaO. S. 96, Rdn. 46.

führt hat ²⁶²⁾. Sie will aber noch darüber hinausgehen, insofern sie nämlich nicht nur mißbräuchliche Verhaltensweisen beim Abschluß von Verträgen über Waren oder gewerbliche Leistungen des beherrschten Marktes erfaßt sehen will, sondern auch "den weiten Bereich des außervertraglichen faktischen Marktverhaltens" sowie den Mißbrauch integrierter Unternehmungen auf vor- oder nachgeordneten Märkten ²⁶³⁾. Mit Blickrichtung auf diese weiteren Fallgruppen mißbräuchlichen Verhaltens ist es verständlich, daß das GUTACHTEN die solchermaßen erweiterte Zielsetzung sogar als Hauptaufgabe der Mißbrauchsaufsicht ansieht: "Ihr Ziel sollte vor allem darin bestehen, den Zugang zum Markt des marktbeherrschenden Unternehmens offen zu halten und seine Konkurrenten gegen Schädigung zu schützen." ²⁶⁴⁾

Es ergibt sich, daß das GUTACHTEN ausdrücklich und besonders klar die bisherige Zielsetzung wiederholt und auf ihr weiterbauend nach einer noch umfassenderen gesetzlichen Regelung strebt.

bb) Die Bundesregierung macht sich in ihrem BERICHT diese Zielsetzung zu eigen ²⁶⁵⁾ und verlagert nur gegenüber dem GUTACHTEN den Akzent ein wenig: die Offenhaltung des Marktes für andere Unternehmen außer dem marktbeherrschenden ist nicht gerade Hauptziel, aber doch immerhin "eine der wichtigsten Aufgaben" der Mißbrauchsaufsicht. Auch dieser Schutz des vorhandenen oder möglichen Konkurrenten ist aber nur Mittel zur Verwirklichung des Wettbewerbs als eigentliches Ziel und will somit letztlich die wirtschaftlichen Freiheiten der auf beiden Marktseiten an diesem Wettbewerbsprozeß Beteiligten verwirklichen.

c) In ihrer BEGRÜNDUNG des Änderungsentwurfs betont die Bundesregierung erneut, daß die Grundlagen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch den Entwurf nicht berührt würden; daß die Änderungen vielmehr darauf abzielten, eine wirksame Vollziehung der bestehenden Regelung zu ermöglichen. Insbesondere im Bereich der marktbeherrschenden Unternehmen stünden diesem Ziel Mängel der geltenden Fassung des Gesetzes entgegen, deren Beseitigung wettbewerbspolitisch notwendig erscheine. ²⁶⁶⁾ Absatz 3 des § 22 müsse durch eine Generalklausel ersetzt werden, die sämtliche möglichen Fälle eines "Mißbrauchs marktbeherrschender Macht" erfasse ²⁶⁷⁾.

²⁶²⁾ vgl. oben B IV 3 (S. 110 ff.).

²⁶³⁾ GUTACHTEN, aaO. S. 96, Rdn. 45.

²⁶⁴⁾ GUTACHTEN, aaO. S. 96, Rdn. 46.

²⁶⁵⁾ BERICHT, aaO. S. 59, V. 1. 1.; ausdrücklich und schlüssig in ihren VORSCHLÄGEN, aaO. S. 65 ff., V. 3.1. bis V. 3.3.

²⁶⁶⁾ Drs. IV/2564, 4. DBT, S. 8, II. vor 1. und S. 9, II.4. vor a).

²⁶⁷⁾ BEGRÜNDUNG, aaO. S. 10, II.4. nach b).

Diese letzte Formulierung scheint darauf hinzudeuten, daß die Bundesregierung die Beherrschung des Marktes als solche durch die Regelung nach wie vor nicht als erfaßt ansieht, sondern erst der Mißbrauch der gegebenen marktbeherrschenden Stellung auch bei Oligopolunternehmen die Rechtsfolge auslöse. Doch im folgenden Satz schon spricht die BEGRÜNDUNG im gleichen Zusammenhang davon, daß "marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung nicht mißbräuchlich ausnutzen" dürften²⁶⁷⁾. Dies zeigt, daß die Begriffe der Ausnutzung einer (zum Beispiel oligopolistischen) "Marktstellung" und einer "marktbeherrschenden Stellung" in der Diktion der BEGRÜNDUNG jedenfalls keine erweiterte oder eingeschränkte Zielsetzung hinsichtlich des beherrschten Marktes zum Ausdruck bringen wollen, sondern austauschbar sind.

Der durch die Novelle zu regelnde Sachverhalt hat aber erneut von der eigentlichen Problematik des Oligopolmarktes abgelenkt. Mißbräuchliche Verhaltensweisen, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß von Austauschverträgen auf dem beherrschten Markt stehen, sich also etwa auf nichtbeherrschten vor- oder nachgeordneten Märkten abspielen, setzen die Schaffung und Aufrechterhaltung einer beherrschenden Stellung auf dem Oligopolmarkt voraus. Bei ihnen kann es sich also niemals um Verhaltensweisen handeln, die erst zur Beherrschung des Oligopolmarktes führen, sondern immer nur um solche, die darüber hinausgehen. Sie allein behandelt die BEGRÜNDUNG.

Die Bestätigung ergibt sich aus den wenigen Bemerkungen zum EWG-Kartellrecht. Das GUTACHTEN, das die Bundesregierung selbst als Arbeitsunterlage benutzt hat, glaubt noch mit den empfohlenen Reformen des GWB den Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86 EWGV nahezukommen. Gerade der Hinweis auch auf Artikel 85 EWGV beweist, daß der Beirat das spezifische Oligopolproblem gesehen hat.²⁶⁸⁾ Der BERICHT der Bundesregierung mißt die vorgesehenen Änderungen nur an Artikel 86 EWGV, dessen Regelungsbereich - wie ein Vergleich mit Artikel 85 EWGV ergibt - erst jenseits des eigentlichen Oligopolproblems beginnt. Gleichwohl sieht der BERICHT keinen Gegensatz zwischen dem deutschen und europäischen Recht.²⁶⁹⁾ In der BEGRÜNDUNG schließlich ist auch in dieser allgemeinen Form nicht mehr die Rede von der weitgehenden Übereinstimmung bei der Rechte, sondern nur noch von der Anpassung des deutschen Rechts an Artikel 86 EWGV²⁷⁰⁾.

267) BEGRÜNDUNG, aaO, S. 10, II.4. nach b).

268) zu Art. 85 und 86 EWGV vgl. unten F (S. 194 ff.).

269) BERICHT, aaO. S. 73/74, V.5.

270) BEGRÜNDUNG, aaO. S. 15/16, zu Art. 1 Nr. 11 a.E.

d) Auch der WIRTSCHAFTSAUSSCHUSS ist bei den Beratungen des Regierungsentwurfs und eines Entwurfs der SPD-Fraktion ²⁷¹⁾ von der Voraussetzung ausgegangen, daß die von ihm vorzuschlagenden Änderungen des Gesetzes nicht die Grundlagen des geltenden Gesetzes antasten, sondern nur dem Ziel dienen sollten, "das Gesetz wirksamer als bisher vollziehen zu können" ²⁷²⁾. Das wird auch speziell auf § 22 Abs. 3 bezogen, der "sämtliche möglichen Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung" erfasse. Dagegen bleibe es "bei den in § 22 Abs. 2 festgelegten Kriterien der Marktbeherrschung an sich".

Auch in seiner Erscheinungsform des WIRTSCHAFTSAUSSCHUSSES hat der Gesetzgeber also das eigentliche Problem einer Regelung für oligopolistische Märkte, das eben in der 'Marktbeherrschung an sich' verborgen liegt, nicht gesehen und brauchte es - von seinem Standpunkt aus - auch gar nicht zu sehen. Der Hinweis auf die "ähnliche Generalklausel" des Artikel 86 EWGV, der die Mißbrauchsaufsicht "über marktbeherrschende Stellungen" im Gemeinsamen Markt regelt, macht dies vollends deutlich. ²⁷³⁾

Damit steht fest, daß für die Auslegung des Gesetzes in seiner gegenwärtigen Fassung, soweit der Mißbrauch auf dem beherrschten Markt in Rede steht, an dem maßgeblichen Inhalt des ursprünglichen Formulierung zugrunde liegenden gesetzgeberischen Willens anzuknüpfen ist ²⁷⁴⁾.

271) zu diesem letzten vgl. Drs. IV/2337, 4. DBT, 9.6.64.

272) vgl. Auszug aus dem Schriftlichen Bericht, abgedruckt in WuW 11/65, S. 834 ff., am Anfang.

273) Schriftlicher Bericht, aaO., 5. zu § 22 Abs. 3.

274) oben B. IV. 4. (S. 117 ff.).

C. DIE REGELUNG DES OLIGOPOLMISSBRAUCHS IN § 22 II MIT III

Vorbemerkung

Zu Beginn der Arbeit wurde bereits angedeutet, daß eine Auslegung dieser Bestimmung, die in Absatz 2 die abschließende Definition der Marktbeherrschung und in Absatz 3 ein auf dem Zustand der Marktbeherrschung aufbauendes weitergehendes Verhalten der Oligopolisten sieht, als nicht zwingend erscheint, soweit sie allein aus Wortlaut und Systematik des Gesetzes hergeleitet wird ¹⁾. Bei einigen Autoren tritt durch diese Auslegung ein Widerspruch zu der von ihnen angenommenen Zielsetzung des Gesetzes für Oligopolmärkte auf ²⁾, der zum Teil zu unbefriedigenden Versuchen seiner Überwindung führt ³⁾. Inzwischen wurde die freiheitliche Zielsetzung des Gesetzgebers auch für Oligopolmärkte bestätigt gefunden ⁴⁾. Es ist nun nachzuweisen, daß der Gesetzgeber trotz eigener Unsicherheit und Zweifel, vor allem über die Grenzen des Möglichen, eine Regelung formuliert hat, die voll im Einklang mit seiner freiheitlichen Zielsetzung steht.

I. DAS MARKTBEHERRSCHENDE OLIGOPOL

1. "marktbeherrschend"

Das GWB prägt in § 22 den Rechtsbegriff des marktbeherrschenden Unternehmens. Marktbeherrschend ist nach Absatz 1 zunächst ein Unternehmen, das für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Das Unternehmen beherrscht also den Markt, wenn kein wesentlicher Wettbewerb vorhanden ist. Aus welchen Gründen der Wettbewerb fehlt, ist unerheblich. Er kann daher fehlen, weil das Unternehmen auf dem Markt völlig alleinsteht (Monopol), weil nur unbedeutende Wettbewerber vorhanden sind (Teilmonopol) oder weil zwar bedeutende Wettbewerber da sind, die einander aber keine Konkurrenz machen (Oligopol und Teiloligopol) ⁵⁾. In diesem letzten Fall trifft die Definition des

1) vgl. oben EINLEITUNG, S. 1.

2) vgl. oben EINLEITUNG, S. 3 f.

3) vgl. oben EINLEITUNG, S. 4 f.

4) vgl. oben B. IV. 3. und 4. (S. 110 ff.).

5) so zutreffend besonders BARTHOLOMEYCIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 44 ff.

Absatzes 1, für sich betrachtet, auf jedes einzelne der Unternehmen zu. Diesen Aufbau des Absatzes 1 verkennt SCHMIDT, der die Vorschrift in erster Linie als auf "ein marktstarkes Unternehmen in einem heterogenen Oligopol" bezogen versteht, "das sich zwar (noch) nicht monopolistisch im Hinblick auf die Mitbewerber verhalten kann, dessen oligopolistische Reaktionsverbundenheit zu den Mitbewerbern jedoch infolge besonders starker natürlicher oder künstlicher Produktheterogenität (z.B. durch Aufmachung, Werbung etc.) nur noch sehr gering ist". Das Monopol und Teilmonopol dagegen werfe schon ex definitione nicht die Frage des wesentlichen Wettbewerbs auf. ⁶⁾

Dieses Mißverständnis rührt daher, daß SCHMIDT mit einem fertigen, anderweit gewonnenen Monopolbegriff an die Auslegung der Gesetzesvorschrift geht, die diesen Begriff bewußt vermeidet und stattdessen den Rechtsbegriff des marktbeherrschenden Unternehmens neu definiert. Erst im Anschluß an diese Definition ist es statthaft, zum Zwecke der Unterscheidung und des Auffindens national-ökonomischer Bezüge die dort geltenden Begriffe zu verwenden, soweit sie sich mit dem hier definierten Rechtsbegriff decken. Dann würde auch der Fehler vermieden, das praktisch nicht mehr reaktionsverbundene marktstarke Unternehmen noch als Oligopolunternehmen statt als einem vom Oligopolmarkt abgesprengten eigenen - eben monopolistischen - Markt ⁷⁾ zugehörig anzusehen. Für dieses Unternehmen ist der alte Markt wegen der nur noch sehr geringen Reaktionsverbundenheit, die selbst hohe Preisdifferenzen gestattet, so gut wie nicht mehr relevant. ⁸⁾

Für § 22 Abs. 1 verbleibt es nach der dort aufgestellten Definition also dabei, daß gleichermaßen Monopol, Teilmonopol, Oligopol und Teiloligopol darunter fallen, wenn auf dem Markt ein wesentlicher Wettbewerb fehlt.

Nun nimmt Absatz 2 aus Absatz 1 die zuletzt genannten Unternehmen heraus und beschreibt sie, der besseren Übersicht wegen ⁹⁾, besonders: Als marktbeherrschend gelten (nicht nur das allein oder nur neben unbedeutenden Konkurrenten stehende, sondern) auch zwei oder mehr (relativ gleich bedeutende) Unternehmen, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.

6) WuW 65, 464/65.

7) vgl. BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 72.

8) hierzu ausführlich BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 15 ff., besonders Anm. 29.

9) vgl. ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE, Nr. 21, Begründung.

Das Ergebnis aus Absatz 1 bleibt erhalten: Jedes einzelne der Unternehmen ist marktbeherrschend, weil es keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Hinzu kommt: Alle Unternehmen zusammen sind marktbeherrschend, weil diese Voraussetzung für alle gleichermaßen zutrifft, d.h., weil zwischen ihnen und gegenüber eventuellen Außenseitern kein wesentlicher Wettbewerb besteht.

2. "aus tatsächlichen Gründen"

Das Merkmal des Fehlens von Wettbewerb "aus tatsächlichen Gründen" ist eine weitere Besonderheit gegenüber Absatz 1. Auch in Absatz 1 fehlt wesentlicher Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen, wenn die Außenseiter zu unbedeutend sind, um den Großen beeindrucken zu können. Mit den tatsächlichen Gründen in Absatz 2 wollte das Gesetz daher offenbar mehr als nur das Negativum ausdrücken, daß der Wettbewerb nicht wegen rechtsverbindlich gemeinter Absprachen im Sinne des § 1 fehle. Es konnte dem Gesetz auch im Rahmen des Absatzes 2, ebenso wie in Absatz 1, gleichgültig sein, aus welchen Gründen der Wettbewerb fehlt. Was ausgedrückt werden sollte, ist vielmehr die typisch oligopolistische Wettbewerbslosigkeit. Es ist die Wettbewerbslosigkeit, die nicht auf der Einflußlosigkeit der Konkurrenten (wie beim Teilmonopol) und nicht auf der vertraglichen Bändigung der auseinanderlaufenden Interessen (wie beim Polypol), sondern auf einem mehr oder weniger stillschweigenden gegenseitigen Abstimmungsprozeß beruht ¹⁰⁾. Durch dieses Merkmal wird eigentlich erst das Oligopol erfaßt und insoweit das inhaltlich unbestimmte Merkmal der "zwei oder mehr" Unternehmen dahin konkretisiert, daß es sich nicht um viele Unternehmen handeln kann. Hierin erschöpft sich seine Bedeutung.

3. Nicht ein Verhalten, sondern eine Lage ist gemeint

Beide Absätze beschreiben somit nicht ein Verhalten, sondern eine Lage, in der sich ein Monopolunternehmen bzw. Duo- oder Oligopolunternehmen auf dem Markt befinden können ¹¹⁾.

10) vgl. oben B.IV.3., F. 246 (S. 116).

11) vgl. auch BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 43, 56.

4. "wesentlicher Wettbewerb"

Welcher Wettbewerb noch als wesentlich im Sinne des Absatzes 2 anzusehen ist, ist weniger umstritten, als manche Formulierungen zunächst erwarten lassen.

REISSER zum Beispiel meint, die Nicht-Preis-Variablen seien, im Gegensatz zu der etwa im AUSSCHUSSBERICHT geäußerten Auffassung, "unternehmerische Fixierungsparameter, die an ökonomischer Bedeutung gleichrangig neben den Preis treten können" ¹²⁾. RASCH ist der Auffassung, wesentlicher Wettbewerb sei nur dann gegeben, wenn der Wettbewerb auch die Preisbildung wirksam beeinflusse. In einer marktwirtschaftlichen Ordnung habe der Verbraucher Anspruch auf optimale Qualität zu (relativ) bestem Preis. Wettbewerb nur oder fast nur in Qualität oder Service (oder gar nur irgendwelchen Nebensächlichkeiten oder Reklame) sei kein wesentlicher Wettbewerb ¹³⁾. Nach BARTHOLOMEYCZIK fehlt wesentlicher Wettbewerb nur in der Regel dort, wo der Wettbewerb nicht auch die Preisbildung beeinflusst ¹⁴⁾; d. h., daß es nur ausnahmsweise andere Bedingungen als der Preis sein werden, die über den Vorzug eines Angebotes entscheiden. ¹⁵⁾

Allen drei Autoren ist zuzustimmen, REISSER stützt sich für seine Auffassung auf eine Stelle des Sitzungsprotokolls des AUSSCHUSSES, die sich mit der Ablehnung des Vorschlages befaßt, in § 22 II nach den Worten "ein wesentlicher Wettbewerb" als Erläuterung die Worte "insbesondere ein Preiswettbewerb" einzufügen. Es heißt dort: "Diese Einfügung wird ... für überflüssig gehalten, da ohne Zweifel Preis und Qualität die Hauptmerkmale eines Wettbewerbs seien, sich der Wettbewerb aber auch auf anderen Gebieten abspielen könne. Der Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums rät ebenfalls von dieser Ergänzung ab, da die Gerichte bei einer solchen Einfügung annehmen würden, daß ein wesentlicher Wettbewerb vorliege, wenn ein Preiswettbewerb nachgewiesen, auf andere Weise aber der Wettbewerb ausgeschlossen werde" ¹⁶⁾.

12) REISSER, Preiswettbewerb, S. 97.

13) RASCH, Wettbewerbsbeschränkungen, § 22 Anm. 7.

14) BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 65.

15) Auch ausnahmsweise reicht nach BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 66 - entgegen der Annahme von SCHMIDT, WuW 65, 464 Mitte - Werbungswettbewerb alleine nicht aus; vielmehr muß nach BARTHOLOMEYCZIK auch hier der Wettbewerb "in der Leistung selbst seinen Ausdruck finden, also Preis, Qualität, Kundendienst, Finanzierungsmethoden betreffen, auf die die Werbung hinweisen muß".

16) vgl. Protokoll der 161. Sitzung v. 23.2.57, S. 4, zitiert nach REISSER, Preiswettbewerb, S. 129/30.

In der Tat deutet schon der abgelehnte Vorschlag darauf hin, daß der Preiswettbewerb nur als ein Beispiel für die Möglichkeit wesentlichen Wettbewerbs neben anderen Formen der Konkurrenz betrachtet wurde. In die gleiche Richtung weist dann die für die Ablehnung gegebene Begründung, wonach die nur beispielhafte Erwähnung der Preiskonkurrenz nicht etwa für falsch, sondern für überflüssig gehalten wurde. Auch die Vertreter dieser Meinung hielten es für möglich, daß das Merkmal des wesentlichen Wettbewerbs sowohl durch Preis- oder Qualitätswettbewerb als auch durch Wettbewerb "auf anderen Gebieten" erfüllt sein kann. Die Bedenken des BWM gingen dagegen in eine andere Richtung. Man sah die Gefahr im Verfahren, daß nämlich - etwa durch abgesprochene Preisänderungen - ein Preiswettbewerb vorgetäuscht werden kann, während der Wettbewerb in Wahrheit beseitigt ist.

BARTHOLOMEYCZIK begründet seine Auffassung mit der zutreffenden Feststellung, daß auf einem Markt mit starker, dynamischer Substitutionskonkurrenz und Produktdifferenzierung der Preis nicht mehr eine so hervorragende Marktbedingung sei, daß er allein über den Vorzug von mehreren Marktangeboten entscheide. Er stimmt darin mit der Auffassung des Gesetzgebers überein. Auch zum AUS-SCHUSSBERICHT besteht kein Widerspruch, denn wo ausnahmsweise andere Marktbedingungen als der Preis so "hervorragend", daß sie über den Vorzug eines Angebots entscheiden, übernehmen sie die Steuerungsfunktion des Preises. Damit scheiden "nebensächliche" Wettbewerbsformen, ebenso wie bei RASCH, von selbst aus.

Auch RASCHS Formulierung sollte sorgfältig gelesen werden. Er spricht von dem Preis nicht als von einem notwendigen Wettbewerbsmittel, sondern nur von der erforderlichen wirksamen Beeinflussung der Preisbildung durch den Wettbewerb. Sie ist aber auch gegeben, wenn der Wettbewerb im Einzelfall durch Qualitätsverbesserungen oder Erhöhung der Serviceleistungen geführt wird (sogenannte vertikale Qualitätsänderung im Sinne ABBOTTS¹⁷⁾) und so der Kunde mehr für sein Geld erwartet und auch erhält. Solche Fälle wollte RASCH sicher nicht als unwesentlichen Wettbewerb einordnen. Etwas anderes mag für Änderungen in Qualität und Service gelten, die nicht eine solche generelle Vorzugsstellung des Gutes begründen (sogenannte horizontale Qualitätsänderungen im Sinne

17) Vertikale Variabilität der Qualität im weitesten Sinne, d. h. unter Ein-schluß von Rohstoffqualität, Formgebung, Nebendiensten, Lagevorteilen usw., setzt nach ABBOTT zweierlei voraus: a) die "überlegene" von zwei Qualitäten wird von fast allen Käufern als günstiger angesehen und b) sie verursacht größere Kosten; vgl. ABBOTT, Qualität, S. 149/50.

ABBOTTS¹⁸⁾. Für dieses Verständnis RASCHEs spricht auch, daß dieser den Anspruch des Verbrauchers auf optimale Qualität zu relativ bestem Preis in den Vordergrund stellt. Mit der Relativierung des Preisvorteils finden nämlich notwendig all die Momente Berücksichtigung, die generell - das heißt für die Gesamtheit der Kunden - den Wert des Gutes bestimmen, vor allem also erkennbar überlegene Qualität und besserer Service. Denn solchen Änderungen müssen die Mitbewerber durch gleiche Verbesserungen oder, wo dies nicht möglich ist, durch Preissenkungen begegnen. Im einen wie im anderen Falle wird also die Preisbildung beeinflusst¹⁹⁾.

Das Merkmal des wesentlichen Wettbewerbs kann demnach auch durch Nichtpreiswettbewerb in dem skizzierten Sinne erfüllt sein. Das Fehlen von Preiswettbewerb braucht daher noch keine Marktbeherrschung zu begründen, wird es indessen in aller Regel tun. Denn der Vorzug eines Gutes wird bei Verbesserung der sonstigen Geschäftsbedingungen nur selten mit ähnlicher Deutlichkeit offenliegen wie im Falle des niedrigeren Preises. Die Qualität etwa ist meist ein sehr komplexes Ganzes, das nur selten für die überwiegende Zahl der Kunden durchschaubar ist. Selbst bei kostspieliger Verbesserung eines Elementes davon bzw. einer Eigenschaft des Gutes läßt sich wohl kaum mit Sicherheit erkennen, ob damit das Gut als ganzes besser geworden ist oder nur, im ganzen gesehen, den etwaigen Vorsprung des anderen aufgeholt hat und somit noch keine Vorzugsstellung vor diesem genießt.

Das entscheidende Kriterium ist also, ob der Vorzug des Gutes für die Kunden in ihrer Gesamtheit erkennbar ist, gleichgültig worin er besteht²⁰⁾.

Damit ergibt sich, daß

wesentlicher Wettbewerb fehlt, wenn der Wettbewerb schlechthin im Sinne der oben gegebenen Wettbewerbsdefinition²¹⁾ bis auf einen unwesentli-

18) Hierher gehören jene Qualitätsunterschiede, über die keine allgemein übereinstimmende Bewertung erzielt werden kann und für die nach ABBOTT zwei Dinge typisch sind: a) verschiedene Wirtschaftssubjekte werden die verschiedenen Qualitäten in verschiedener Rangfolge bewerten und b) Kostenunterschiede sind, wenn vorhanden, zufälliger Natur; vgl. ABBOTT, Qualität, S. 150.

19) vgl. auch ABBOTT, Qualität, S. 146, wonach eine Qualitätsverbesserung einfach der reziproke Ausdruck für eine Preissenkung ist.

20) vgl. auch LUKES, JuS 62, 165, der darauf abstellt, ob die Unterschiede des Gutes für den Normalabnehmer erkennbar sind und ihn nach allgemeiner Auffassung auch bei seiner Kaufentscheidung beeinflussen.

21) oben A. II. 4. (S. 43).

chen Rest beschränkt ist, d. h., wenn (erkennbar) günstigere Geschäftsbedingungen nur gelegentlich und in solchen Zeitabständen geboten werden, daß sie von den Marktpartnern nicht mehr als konkrete, sondern allenfalls zufällige Möglichkeit beim Leistungsaustausch angesehen werden.

Besteht diese Lage, dann ist den Kunden die Wahlmöglichkeit genommen. Das bedeutet - wie die verfassungsrechtliche Betrachtung gezeigt hat - daß die Kunden insoweit nicht mehr eigenverantwortlich ihr Leben gestalten, sondern dem Diktat der anderen Marktseite unterworfen sind ²²⁾.

Die Marktbeherrschung in diesem Sinne entspricht dem allgemeinen soziologischen Herrschaftsbegriff. Danach ist Herrschaft die institutionalisierte, dauerhafte und auf Befehlsbereiche abgestimmte Macht, die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden ²³⁾. Marktbeherrschung ist nicht schon dann gegeben, wenn die Unternehmen ihre Rivalität beseitigt, die Kunden aber noch keine Einsicht in diese Lage gewonnen haben, sondern auf Grund ihrer Erfahrungen in der Vergangenheit noch mit Alternativen im Sinne der Wettbewerbsdefinition rechnen. In diesem Fall betätigen sie sich noch als prüfende und wägende, nicht schon als blind zugreifende Marktteilnehmer. In diesem Zwischenstadium institutionalisiert sich die Macht der Unternehmen und tritt das Moment der Dauer in Erscheinung, welches die Herrschaft zu ihrer Entstehung erfordert. Die Herrschaft ist hergestellt, sobald die ihr Unterworfenen den Befehl als solchen, das Angebot als gleichgeschaltet, erkennen und sich dieser Lage beugen. Sie endet, sobald Wettbewerb auftritt, was in diesem Fall ein positives Tun - d. h. nach der Wettbewerbsdefinition: das Inaussichtstellen günstigerer Geschäftsbedingungen - voraussetzt. ²⁴⁾

5. Die Intensität der Herrschaft

Eine ganz andere Frage ist, wie festgefügt und dauerhaft eine marktbeherrschende Stellung ist und welche Möglichkeiten sie den herrschenden Unternehmen bietet. Die Intensität der Herrschaft und, damit zusammenhängend, der Grad ihrer Ausnutzung sind keine Wesensmerkmale der Herrschaft, sondern deren Attribute. Deshalb kann der von SCHÖNING erarbeiteten Definition nicht gefolgt werden, die beides in den Begriff der Herrschaft einbezieht. Danach sind markt-

22) oben B.III.2. (S. 71 f.).

23) vgl. GEHLEN, HdS, Soziologie der Macht.

24) Auch FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 47 u. 70 und MEYER-CORDING, WuW 62, 472 u. 474, setzen an ihren allgemeinen Wettbewerbsbegriffen an und betrachten als Marktbeherrschung jede quantitativ besonders gesteigerte Beschränkung von Kundenalternativen.

beherrschende Unternehmungen "Unternehmungen, deren Marktstellung für mindestens ein Gut bzw. eine Leistung durch eine möglichst langfristige (Marktzutrittserschwerungen!) und weitgehende Substitutionsbeschränkung (hoher Individual- bzw. Kollektiv-Monopolisierungsgrad) bei geringer Nachfrage - und hoher Angebotselastizität in bezug auf den Preis bestimmt wird, wobei Gegenkräfte die Vorteile der Monopolisierung nicht neutralisieren. Das Marktverhalten muß der Marktstellung entsprechen und setzt bei dem Unternehmen neben dem Wissen um die Marktstellung die (objektive) Ausnutzungsfähigkeit und (subjektive) Ausnutzungswilligkeit der (?) Marktmacht in der Form ungünstigerer Geschäftsbedingungen voraus." ²⁵⁾ SCHÖNING kommt so zu dem wenig sinnvollen Ergebnis, daß Marktbeherrschung im Sinne des § 22 gleich wettbewerbsloser Marktstellung + Marktmacht + den dieser Stellung entsprechenden Ausnutzungshandlungen ist.

Das widerspricht eindeutig dem Gesetz. § 22 trennt, jedenfalls für das Monopol, klar zwischen der marktbeherrschenden Stellung infolge fehlenden Wettbewerbs (Absatz 1) und Ausnutzungshandlungen, dem Bieten ungünstiger Geschäftsbedingungen (Absatz 3 a.F.). Es ist nicht ersichtlich, was SCHÖNING noch unter die mißbräuchlichen Ausnutzungshandlungen des Absatzes 3 bringen will, wenn er jede durch die Monopolmacht ermöglichte Übervorteilung der Kunden bereits in den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des Absatzes 1 hineinnimmt. Man kann nicht solche Verhaltensweisen einmal als die wertneutrale Marktbeherrschung des Absatzes 1 begründend ansehen, zugleich aber mit dem Unwerturteil des Absatzes 3 belegen.

BARTHOLOMEYCZIK hat nachgewiesen, daß die drei Begriffe: Marktmacht, die in der Marktstellung zum Ausdruck kommt, Marktbeherrschung und Mißbrauch der Marktmacht in dieser Reihenfolge jeweils aus dem vorhergehenden zu entwickeln sind ²⁶⁾. Insbesondere ist die Marktmacht Grundlage der Marktbeherrschung. Das entspricht dem Verhältnis der Begriffe, wie es die Soziologie sieht: Herrschaft ist "die institutionalisierte, dauerhafte und auf Befehlsbereiche abgestimmte Macht" ²⁷⁾.

SCHÖNING dagegen kennzeichnet erst die marktbeherrschende Stellung und sucht sodann nach Faktoren, die den in marktbeherrschender Stellung befindlichen Unternehmen Macht verleihen ²⁸⁾. Er unterscheidet also im Rahmen des § 22

25) SCHÖNING, Marktbeherrschende Unternehmung, S. 122.

26) GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 76 Mitte.

27) vgl. oben F. 23 (S. 130).

28) Marktbeherrschende Unternehmung, S. 8: "Nachdem die marktbeherrschende Stellung gekennzeichnet ist, sind die Faktoren aufzuzeigen, unter (?) denen eine solche Stellung ihrem Träger Macht verleiht und zu einem dieser Macht entsprechenden Verhalten führt."

zwischen "marktbeherrschender Stellung" eines Unternehmens und "marktbeherrschendem Unternehmen", was zu einer ernststen Begriffsverwirrung führen muß. Sein Anliegen, die durch verschiedene Faktoren bestimmte Intensität der marktbeherrschenden Stellung zum Ausdruck zu bringen, ist so nicht zu verwirklichen. Man kann den aus dem allgemeinen soziologischen Herrschaftsbegriff entwickelten Rechtsbegriff des marktbeherrschenden Unternehmens nicht durch Hereinnahme ökonomischer Wertungen zu einem funktionalen ökonomischen Begriff machen, ohne daß dieser damit zugleich für § 22 völlig wertlos würde. ^{29) 30)}

Festzuhalten bleibt, daß die marktbeherrschende Stellung, die § 22 II meint, nur das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs erfordert. Nur diese Lage interessiert das Gesetz an dieser Stelle, nicht die sie begründenden Faktoren und nicht die daraus resultierenden Ausnutzungshandlungen. In dieser Lage ist marktbeherrschend sowohl die Gruppe der Unternehmen in ihrer Gesamtheit als auch - wie aus Absatz 1 folgt - jedes einzelne Unternehmen als Mitglied der Gruppe.

6. Definition des wirtschaftswissenschaftlichen Oligopols durch die typische Art seiner Marktstellung

Es ergibt sich für § 22 I und II, daß hier bestimmte Unternehmen, für die sich das Gesetz im folgenden interessiert, vorab durch die für sie begriffsnotwendige (Monopol) oder doch typische (Oligopol) Art der Marktstellung definiert werden.

Schon hier soll bemerkt werden, daß das Gesetz in Absatz 2, im Gegensatz zu Absatz 1, nur von einem als marktbeherrschend "Gelten" statt von einem marktbeherrschend "Sein" spricht, also die sprachliche Form einer gesetzlichen Fiktion verwendet, obwohl - wie sich in diesem Abschnitt C.I. erwiesen hat - im Hinblick auf das Wesen der marktbeherrschenden Stellung sowohl des einzelnen als auch der Gesamtheit der Unternehmen keine Veranlassung dazu bestanden hat. Welche Bedeutung diesem Unterschied in der Formulierung zukommen könnte, kann erst später gesagt werden. ³¹⁾

29) SCHÖNINGS Marktherrschaft begründende Faktoren, einschließlich des negativen Faktors der fehlenden Marktgegenkräfte, sind aber an anderer Stelle dienstbar zu machen: nämlich als Indizien für die Größe des Vorteils, der von dem Unternehmen aus seiner Marktstellung gezogen wird.

30) Zur Frage, ob de lege ferenda der Einfluß der Organisationsform auf der Marktgegenseite sowie der Elastizität von Angebot und Nachfrage auf die Fähigkeit der Unternehmen, anderen den eigenen Willen bei einem Tauschakt aufzudrängen, zu einer Erweiterung des Beherrschungs-Begriffs führen sollte, vgl. bejahend SEEMANN, JfS Bd. 13 (1962), S. 312 a.E.

31) unten C.II.3, S. 139 ff.).

II. DER INHALT DES AUF ABSATZ 2 BEZOGENEN MISSBRAUCHSBEGRIFFS IN § 22 III

1. Das Verhältnis des Absatzes 3 zu Absatz 1 und 2

Nachdem Absatz 2 des § 22, ebenso wie Absatz 1, gewisse, relativ einflußreiche Unternehmen herausgehoben und als marktbeherrschende Unternehmen gekennzeichnet hat, beschäftigt sich Absatz 3 mit Verhaltensweisen dieser Unternehmen auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen.

Absatz 3 alter Fassung hatte sich noch ausschließlich mit Verhaltensweisen dieser Unternehmen auf dem oligopolistischen Markt selbst befaßt, insbesondere mit der mißbrauchlichen Ausnutzung der Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen. Hier erstmals findet eine Bewertung statt.

Dieses Verhältnis des Absatzes 3 zu den vorangestellten Definitionen ist von großer Tragweite. Es bedeutet nämlich, daß die Bewertung des Marktverhaltens allein aus Absatz 3 heraus zu erfolgen hat und daß sie nicht etwa von Absatz 1 und 2 her gesteuert wird. Die Absätze 1 und 2 enthalten keine Teilbewertung in der Weise, daß die Marktbeherrschung zu billigen sei, ebensowenig wie sich aus ihnen das Gegenteil ergibt. Derartige kann in ihnen als bloßen Definitionen auch gar nicht ausgesprochen sein. Der Begriff der Marktbeherrschung wird in diesem Zusammenhang nicht als die Kennzeichnung eines Verhaltens, sondern als Kennzeichnung eines Zustandes, einer Lage, verwendet³²⁾. Das Gesetz aber richtet sich - wie sich aus Absatz 3 ergibt - nicht gegen Marktstellungen, sondern gegen Marktverhalten³³⁾. Die Marktstellung als solche, mag sie auch die Folge zu mißbilligender Verhaltensweisen sein, steht deshalb außerhalb der gesetzlichen Wertung.

32) vgl. oben C.I. 3. (S. 126).

33) BARTHOLOMEYCIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 76 Mitte.

2. Ausnutzung der Marktstellung, nicht "marktbeherrschenden" Stellung

a) Marktstellung ist die Oligopolstellung

aa) Nach der Formulierung des Abs. 3 alter Fassung

Noch nach der bis in die Ausschlußberatungen durchgehaltenen Formulierung des REGIERUNGSENTWURFS war als Eingriffsvoraussetzung die mißbräuchliche Ausnutzung ³⁴⁾ bzw. der Mißbrauch der markt"beherrschenden" Stellung ³⁵⁾ gefordert worden. Damit schien es, daß nach dem Wortlaut des Entwurfs zur Bewertung eine durch Herausnahme aller die marktbeherrschende Stellung herbeiführenden Verhaltensweisen eingeengte Ausnutzungshandlung stehen sollte. Nur ein über die Beschränkung des Wettbewerbs (auf einen unwesentlichen Rest) hinausgehendes Verhalten wäre danach Gegenstand der Bewertung als Mißbrauch gewesen. LANGEN drückt dies für Art. 86 EWGV treffend so aus, daß logischerweise nichts ausgenützt werden könne, es sei denn vorher vorhanden ³⁶⁾. Durch diese Teilung des Marktverhaltens in den mißbilligten und den "nur" die Marktbeherrschung begründenden Teil wäre jedenfalls nach dem Wortlaut der Regelung eine Bewertung dahin getroffen worden, daß die zuletzt erwähnten Verhaltensweisen hingenommen werden sollten. Bei dieser Regelung hätte es gerechtfertigt erscheinen können, von der Billigung der Marktbeherrschung als Verhaltensweise, also nicht nur als Marktlage im Sinne der Absätze 1 und 2, zu sprechen. ³⁷⁾

Die Gesetz gewordene Formulierung des AUSSCHUSSES dagegen hat die Ausnutzung schon der "Marktstellung" zur Bewertung gestellt ³⁸⁾. Die Marktstellung eines Unternehmens ist sein Verhältnis zu seinesgleichen und zu den Kunden auf dem Markt. Fehlen Wettbewerber, dann ist Marktstellung die Alleinstellung auf dem Markt. Sind zwar Wettbewerber vorhanden, die einander aber keine Konkurrenz machen, dann ist Marktstellung dieses wettbewerbslose Nebeneinander der Unternehmen. Machen sich die Unternehmen Konkurrenz, so ist diese ihre Stellung im Wettbewerbsprozeß ihre Marktstellung. Bei wenigen relativ großen Unternehmen endlich ist das besondere Verhältnis, das auf Grund ihrer Reaktionsverbundenheit unter ihnen besteht, etwas, das als "die Marktstellung" der Unternehmen bezeichnet werden kann. Es wäre danach willkürlich, wollte man unter Marktstellung von vornherein nur die wettbewerbslose, marktbeherrschende Stel-

34) so der REGIERUNGSENTWURF, vgl. oben B. IV. 2. a (S. 108/109).

35) so der BUNDESRATSVorschlag, vgl. oben B. IV. 2. b (S. 109).

36) LANGEN, Marktbeherrschung, S. 63 Buchstabe c.

37) Zur Erklärung des Mitschleppens der Formulierung noch nach Ausweitung der Vorschrift auf das Oligopol insgesamt, vgl. oben B. IV. 3. d (S. 112 f.).

38) oben B. IV. 2. d (S. 110).

lung verstehen ³⁹⁾.

Auch hat sich die Wahl des Ausdrucks "Marktstellung" statt der anfänglichen "marktbeherrschenden" Stellung nicht allein mit sprachklanglichen Erwägungen rechtfertigen lassen. Die Formulierung des Absatzes 3 a. F. hätte kaum an sprachlichem Wert verloren, wenn das "marktbeherrschend" nach der Wortverbindung "marktbeherrschende Unternehmen" noch je einmal in den beiden Nummern des Absatzes 3 a. F. in der Wortverbindung "marktbeherrschende Stellung" erschienen wäre. Allenfalls geringfügige sprachliche Nachteile wären bei weitem durch den Gewinn an Klarheit aufgewogen worden.

Die Wortfolge des Absatzes 3 a. F.: "... marktbeherrschende Unternehmen ..., soweit diese Unternehmen ... ihre Marktstellung ... mißbräuchlich ausnutzen" vermittelt nämlich aus sich heraus keineswegs Klarheit über diese Lesart. "Diese Unternehmen" (des Absatzes 1 und insbesondere 2) sind das Monopol- und das Oligopolunternehmen, letzteres gleichsam in Momentaufnahme festgehalten in einem Stadium, in dem auch dieses einem wesentlichen Wettbewerb nicht ausgesetzt ist ⁴⁰⁾. Nur in diesem Stadium interessiert es das Gesetz, da ein Eingriff nach Absatz 3 gegen wettbewerbtreibende Oligopolisten nicht zur Diskussion steht. Das Gesetz brauchte daher nicht schon das Oligopol schlechthin, sondern erst das marktbeherrschende Oligopol zu definieren.

Damit ist aber nicht schon darüber entschieden, ob Gegenstand der Bewertung nicht auch Verhaltensweisen sind, durch die die Oligopolunternehmen erst zu marktbeherrschenden Unternehmen geworden sind. Wenn bei solchen Unternehmen von "Ausnutzung der Marktstellung" die Rede ist, denkt man sogar in erster Linie gar nicht an den Spezialfall der wettbewerbslosen Stellung, sondern an den allgemeineren Sachverhalt ihrer Reaktionsverbundenheit, den die Unternehmen ausnützen, indem sie die Möglichkeiten, die sich hieraus für sie ergeben, in den Dienst ihres Vorteils stellen.

bb) Nach der Formulierung des Abs. 3 neuer Fassung

Die Novelle hat in der vom AUSSCHUSS für Wirtschaftspolitik geschaffenen korrekteren alten Formulierung des Gesetzes: "marktbeherrschende Unternehmen ..., soweit diese Unternehmen ... ihre Marktstellung ... mißbräuchlich ausnutzen" das Merkmal des Ausnutzens der "Marktstellung" ersetzt durch das Merkmal des Ausnutzens der "marktbeherrschenden Stellung".

39) vgl. auch LANGEN, Kommentar, § 22 Anm. V 1 Mitte, der von der Möglichkeit der Ausnutzung "irgendeiner Marktlage" spricht.

40) vgl. oben C. I. 6. (S. 132).

Diese Änderung der Formulierung bewirkt weder eine inhaltliche Abweichung von der bisherigen Regelung, noch sollte sie dies tun. Es wurde soeben dargelegt, daß man bei der alten Formulierung in erster Linie nicht an den Spezialfall der wettbewerbslosen marktbeherrschenden Stellung, sondern an den allgemeineren Sachverhalt der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit denkt. Diese Marktstellung und die hierdurch ermöglichten Verhaltensweisen auf dem Oligopolmarkt standen allein für den Gesetzgeber des GWB zur Regelung an. Für ihn drängte sich die genauere Formulierung des Ausnutzens einer "Marktstellung" daher geradezu auf.

Anders beim Gesetzgeber der Novelle. Er hatte den Blick auf Verhaltensweisen gerichtet, die nicht unmittelbar auf der (oligopolistischen) Marktstellung, sondern auf der (kollektivmonopolistischen) marktbeherrschenden Stellung auf dem Oligopolmarkt beruhen. So befassen sich die Materialien der Novelle auch an keiner Stelle mehr mit den, die oligopolistische Marktbeherrschung konstituierenden Verhaltensweisen. Ihr Sprachgebrauch ist daher zufällig und nur am neu und zusätzlich zu regelnden Problemkreis orientiert. Das GUTACHTEN, das in großer Klarheit die Zielsetzung des Gesetzes gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen in Sinne einer aktiven Wettbewerbspolitik ausspricht ⁴¹⁾, handelt durchgängig von der Ausnutzung "marktbeherrschender Stellungen". Die BEGRÜNDUNG der Bundesregierung, die sich viel spezieller mit der konkreten Zielsetzung der Novelle befaßt, spricht an einer Stelle ohne Not in allgemeiner Form von der mißbräuchlichen Ausnutzung der "Marktstellung" durch marktbeherrschende Unternehmen ⁴²⁾.

Der Wechsel in der Formulierung von der alten zur neuen Fassung des Absatzes 3 erscheint als ebenso zufällig wie die Wahl des ursprünglichen Wortlauts. Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte sind daher insofern zuverlässig genug. Die richtige Formulierung läßt sich daher letztlich nur aus dem sachlogischen Zusammenhang in Verbindung mit der Zielsetzung des Gesetzgebers erschließen.

- b) Beim Oligopolunternehmen ist eine ausnutzbare beherrschende "Stellung" auf dem oligopolistischen Markt nicht denkbar

Tatsächlich ist bei Oligopolunternehmen die Ausnutzung einer "marktbeherrschenden Stellung" auf dem Oligopolmarkt kaum vorstellbar. Sie würde nämlich voraussetzen, daß die marktbeherrschende Stellung als mehr oder weniger fest gefügte (institutionalisierte) Macht unterschieden werden könnte von Ausnutzungs-

41) oben B.IV. 5. b. aa (S. 119 ff.).

42) oben B.IV.5. c (S. 121).

handlungen auf demselben Markt, durch die diese beherrschende Stellung dem eigenen Vorteil nutzbar gemacht wird.

Als typisch für Oligopole wurde aber erkannt, daß bei ihnen der wettbewerbslose marktbeherrschende Zustand nicht auf vertraglicher Absprache beruht wie beim Kartell und auch nicht vorgegeben ist wie beim Monopol, sondern das Ergebnis eines fortwährenden Abstimmungsprozesses auf dem Markte ist⁴³⁾. Die Institutionalisierung der durch die oligopolistischen Marktbedingungen verliehenen Macht vollzieht sich ständig neu durch das abgestimmte Verhalten auf dem Markt. Nur soweit und so lange dieser Abstimmungsprozeß stattfindet, d. h. also (wesentlicher) Wettbewerb vermieden wird, sind die Oligopolisten marktbeherrschend. In jeder Phase des Marktgeschehens erlischt und erneuert sich zugleich die beherrschende Stellung der Unternehmen. Sie kann daher nicht vom Marktverhalten getrennt werden. Nicht die (wettbewerbslose) marktbeherrschende Stellung, sondern allein die (oligopolistische) Marktstellung kann deshalb auf dem Oligopolmarkt ausgenutzt werden⁴⁴⁾.

c) Beim Monopol dagegen ist marktbeherrschende Stellung gleich Marktstellung

Im Gegensatz zur Lage beim Oligopol ist die Marktstellung des Monopolunternehmens begriffsnotwendig identisch mit seiner marktbeherrschenden Stellung. Ausgenutzt werden kann nur die marktbeherrschende Stellung, die wettbewerbslose Alleinstellung auf dem Markt. Verhaltensweisen, die diese Stellung herbeigeführt haben, etwa Vernichtung eines größeren Konkurrenten, werden nicht von Absatz 1 mit 3 erfaßt, da zu jenem Zeitpunkt ein (Teil-)Monopol noch nicht bestand. Der Inhalt des Monopolmißbrauchs ist danach von vornherein enger als der Oligopolmißbrauch, der insoweit erst noch konkretisiert werden muß.

d) "mißbräuchliche" Ausnutzung

Versteht man unter Ausnutzung der Marktstellung beim Oligopolunternehmen ein Verhalten, durch welches die Unternehmen die Möglichkeiten, die sich aus ihrer relativ kleinen Zahl und den für alle Mitbewerber in etwa gleichartigen Produktions- und Marktbedingungen für sie ergeben, in den Dienst ihres Vorteils stellen, so bleibt noch das Argument des FRANKFURTER KOMMENTARS auszu-

43) vgl. oben B. IV. 3. (S. 116) F. 246.

44) das erkennt z. B. MESTMÄCKER, Das marktbeherrschende Unternehmen, S. 19 ff., der das wettbewerbbeschränkende Zusammenwirken von den mißbräuchlichen Ausnutzungshandlungen trennen zu können glaubt und es in Absatz 2 vollständig umschrieben sieht; ebenso SCHMIDT, WuW 64, 125/126 F. 13a und WuW 65, 471 oben zu F. 61.

räumen, daß die deutliche Unterscheidung des Gesetzes zwischen bloßer Ausnutzung und einer "mißbräuchlichen" Ausnutzung zu der Annahme zwingt, das Gesetz habe nicht schon die zur Marktbeherrschung führende Ausnutzung der Marktverhältnisse erfassen wollen ⁴⁵⁾.

Diese Auffassung geht als selbstverständlich davon aus, daß die Rechtsordnung Monopolstellungen nicht verbiete, Monopole folglich auch ihrer Stellung entsprechend handeln können müßten ⁴⁶⁾. Dem ist der grundsätzliche Unterschied zwischen Einzelmonopol und Kollektivmonopol entgegenzuhalten. Daß jedenfalls das rechtliche Kollektivmonopol von der Rechtsordnung mißbilligt wird, folgt schon aus § 1. Und die Rechtslage für tatsächliche Kollektivmonopole wird eher dieser Regelung ähneln als der für das Einzelmonopol. Auf jeden Fall müßte erst einmal begründet werden, daß tatsächliche Kollektivmonopole von der Rechtsordnung gebilligt werden.

Aber abgesehen davon rechtfertigt allein schon die Tatsache, daß die fragliche Formulierung des Absatzes 3 auch für die von der Rechtsordnung geduldeten Einzelmonopole des Absatzes 1 gilt, die Unterscheidung zwischen Ausnutzung und "mißbräuchlicher" Ausnutzung der Marktstellung. Denn das Einzelmonopol nutzt mit jedem Angebot, gleich welchen Inhalts, seine Marktstellung aus, und das kann ihm nicht verwehrt werden.

e) Keine Vorabentscheidung in Absatz 3 außerhalb des Mißbrauchsbegriffs

Die Definition von Monopol- und Oligopolunternehmen in den Absätzen 1 und 2 durch den Zustand der Wettbewerbslosigkeit stellt sich somit als ein gesetzestechnischer Kunstgriff dar, durch den es gelungen ist, das Einzelmonopol und das davon wesensmäßig verschiedene tatsächliche Kollektivmonopol unter dem Oberbegriff des marktbeherrschenden Unternehmens gemeinsam zu behandeln, ohne daß dadurch der Wertung ihres Verhaltens irgendwie vorgegriffen wäre. Durch die Wahl des neutralen Ausdrucks des "Ausnützens der Marktstellung" in Absatz 3 a.F. hatte das Gesetz ursprünglich die Wertung aus gesetzestechnischer Notwendigkeit erneut hinausgeschoben bis in den Mißbrauchsbegriff selbst, der deshalb möglicherweise, entsprechend dem Wesensunterschied von Einzel- und tatsächlichem Kollektivmonopol - jedenfalls, soweit Verhaltensweisen auf dem beherrschten Markt zu bewerten sind - für beide Arten von marktbeherrschenden Unternehmen einen verschiedenen Inhalt hat.

Sollte aber an der bisherigen Regelung insoweit nichts geändert werden, dann gilt ihre Systematik auch heute noch. Die "marktbeherrschende Stellung" des

45) FRANKFURTER KOMMENTAR, § 22 Tz. 46.

46) FRANKFURTER KOMMENTAR, § 22 Tz. 44.

Absatzes 3 neuer Fassung ist dann nur die unscharfe Kennzeichnung der oligopolistischen Marktstellung an sich.

3. Die Bedeutung des als-marktbeherrschend-"Geltens" in Absatz 2

Beim Merkmal des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs wurde festgestellt, daß Unternehmen in dieser Lage marktbeherrschend sind, ob sie nun auf dem Markt alleinstehen oder ob auf dem Markt mehrere Unternehmen vorhanden sind, die sich aber aus tatsächlichen Gründen keinen Wettbewerb machen ⁴⁷⁾. Um für alle diese Unternehmen die gemeinsame Bezeichnung "marktbeherrschende Unternehmen" zu gewinnen, hätte es deswegen einer Fiktion nicht bedurft. Gleichwohl darf man diese Formulierung nicht ohne weiteres als sprachliche Ungenauigkeit betrachten. Sowohl der FRANKFURTER KOMMENTAR als auch LANGEN heben ausdrücklich den Charakter dieses Ausdrucks als einer wirklichen Fiktion hervor, verleihen ihr also jedenfalls eine gewisse Bedeutung, ohne sie indessen zu rechtfertigen ⁴⁸⁾. Es liegt deswegen nahe, nach einer Erklärung für diese wohl unbewußte Wortwahl des Gesetzgebers, für die sich in den Materialien eine andere Begründung nicht finden läßt, zu suchen.

Es wurde bereits die grundsätzliche Verschiedenheit der für § 22 III relevanten Verhaltensweisen beim Monopol- und beim Oligopolunternehmen hervorgehoben. Beim Monopolunternehmen sind es zwangsläufig die auf der marktbeherrschenden Stellung aufbauenden Verhaltensweisen, die zur Bewertung stehen, beim Oligopolunternehmen dagegen ist es das ganze Marktverhalten, das auf der oligopolistischen Marktstellung aufbaut und nicht nur und erst ein Verhalten, welches eine bereits bestehende marktbeherrschende "Stellung" zum Ausgang hat. ⁴⁹⁾ Durch die Zusammenfassung des Monopols mit Oligopolunternehmen eines bestimmten Marktverhaltens in dem gemeinsamen Oberbegriff der marktbeherrschenden Unternehmen wird aber bei oberflächlicher Betrachtung der Eindruck erweckt, es komme dem Gesetz auch beim Oligopolunternehmen erst auf die Elemente seines Verhaltens an, die der monopolistischen Ausnutzungshandlung entsprechen.

Dieser Eindruck wird noch gefördert durch das Wissen um die Zulassung des rechtlichen Kollektivmonopols in gewissen Fällen, bei dem es dann auch erst

47) vgl. oben C.I. 6. (S. 132).

48) FRANKFURTER KOMMENTAR, § 22 Tz. 6 und Überschrift zu Tz. 30; LANGEN, Kommentar, § 22 IV vor 1 (S. 218/19) und IV 1 (S. 220).

49) vgl. oben C.II. 2. b (S. 136 f.).

auf die Ausnutzung einer durch die Zulassung erlangten Monopolstellung ankommt. Auch von hier aus wird also die Neigung verstärkt, beim Oligopolmißbrauch von vornherein nur an solche Verhaltensweisen zu denken, die einem gültig bestehenden rechtlichen Kollektivmonopol verboten wären.

Hierdurch wird aber der Mißbrauchsbegriff unbewußt mit einem Vorbehalt belastet, von dem er frei bleiben sollte. Der Gesetzgeber, der in Absatz 2 durchaus noch keine Vorbewertung treffen wollte, sondern dem es hier nur darum gegangen ist, eine gemeinsame Definition zu gewinnen⁵⁰⁾, konnte sich veranlaßt sehen, durch Vermeidung des sprachlichen Gleichklangs eines "marktbeherrschend sind" in Absatz 2 mit dem "marktbeherrschend ist" in Absatz 1 der unbewußten Gleichbewertung beider Tatbestände vorzubeugen. Das gilt um so mehr, als der politisch gefärbte Begriff der "Beherrschung" schon von sich aus zu einer gefühlsmäßigen Stellungnahme herausfordert.

Die bewußte Wortwahl des Gesetzgebers hat sonach den Charakter eines Ausrufezeichens beim marktbeherrschenden Oligopol, mit dem auf die Verschiedenheit des zugrundeliegenden Lebenssachverhaltes von dem des natürlichen Monopols aber auch von dem eines rechtlichen Kollektivmonopols aufmerksam gemacht wird. Gleichzeitig wird der Betrachter gewarnt, voreilig dem Gesetz eine Gleichbewertung dieser Sachverhalte zu unterstellen, die es an dieser Stelle gar nicht vornehmen konnte, weil es die Bewertung ganz in dem Mißbrauchsbegriff konzentriert und damit den rechtsanwendenden Organen zur Aufgabe gemacht hat. Dabei dürfte es gleichgültig sein, ob man diese Bedeutung der Formulierung als ursprünglich gegeben ansieht oder sie ihr nachträglich als einzige einigermaßen sinnvolle Deutung beimißt.

4. Kritische Betrachtung der bisherigen Auslegungsversuche zu § 22 II mit III

a) Ungerechtfertigte Gleichsetzung von marktbeherrschendem Oligopol und Monopol

Mit der Klarstellung des Verhältnisses des § 22 II zu III ist die Grundlage geschaffen, um einer verbreiteten Lehrmeinung entgegenzutreten, die aus Absatz 2 des § 22 die Entscheidung des Gesetzes zum Nichteinschreiten gegen die Beschränkung des Wettbewerbs als solche herausliest.

Hierzu gehören all die Autoren, die - durchweg ohne Begründung - auch für Oligopole vom Mißbrauch der (gemeinsamen) Monopolstellung oder von der

50) vgl. oben C. II. 1 (S. 133).

mißbrauchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung sprechen. Folgende Äußerungen sind hierher zu rechnen:

AXSTER: "... kein Verbot ausgesprochen gegenüber einer Aktivität, die zu einem kollektiven Monopol führt" ⁵¹⁾. BENISCH: § 17 E steuere "Mißbrauchsbewußtlich legitimer Machtstellungen" und: es sei gesetzlich unmöglich, Unternehmen zu un-wettbewerblich zwingen oder zu streng isolierten Entscheidungen ⁵²⁾; DICHANS: "Mißbrauch" laßt zulässigen Wettbewerbsbeschränkung und: § 22 gehöre zu den Fällen, in denen "ein bestimmtes Verhalten durch gesetzliche Ausnahmebestimmungen für zulässig erklärt ist" ⁵³⁾. IKENTSCHEER: Wettbewerbsbeschränkungen durch "Zustand" nicht verboten, sondern nur Mißbrauch "wettbewerbserfolglicher Zustände" unter Kontrolle in § 20 ff., und: "mißbrauchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen (§ 22 GWB)" ⁵⁴⁾. FRANKFURTER KOMMENTAR: "mißbrauchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung" ⁵⁵⁾. GABRIEL: Verbot bewußten Parallelverhaltens wäre undurchführbar ⁵⁶⁾; GEIGER: Mißbrauch, der mit wettbewerbbeschränkenden Praktiken getrieben werde, sei zu bekämpfen ⁵⁷⁾. GLEISKRAUT: in § 22 GWB Monopolmißbrauch im bisherigen Sinne ⁵⁸⁾; v. HAHN: sittenwidrige Ausnutzung einer durch die Monopolstellung gewährten Handlungsmöglichkeit ⁵⁹⁾. KRUSCHE: mißbrauchlich erst Verhaltensweisen der "Gruppe" ⁶⁰⁾; MAYER-WEGELIN: Mißbrauch sei Fehlgebrauch der Macht, "die durch die ausnahmsweise erlaubte Wettbewerbsbeschränkung anwächst" ⁶¹⁾; MESTMÄCKER: "... Gesetzgeber ... die gemeinsame Marktbeherrschung durch Unternehmen im Oligopol nicht als solche verurteilt, sondern erst an die mißbrauchliche Ausnutzung Rechtsfolgen knüpft" ⁶²⁾; MÜLLER-HENNEBERG: "Mißbrauch einer bereits bestehenden Position, nicht der Versuch, Marktinacht zu bilden" ⁶³⁾; RINCK: Mißbrauch nur bei Bereicherung in anstößiger, sittenwidriger Weise ⁶⁴⁾; SARNIGHAUSEN: in § 22 wurden materielle Wettbewerbsbeschränkungen hingenommen ⁶⁵⁾; SCHMIDT: wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen begrün-

51) Betrieb 57, 940 r. Sp.

52) WuW 59, 770 und WuW 60, 359 (WuW/E BGH 381).

53) WuW 58, 660 und 658.

54) Wettbewerb, S. 237 und Preisunterbietung, S. 83.

55) Überschrift vor Tz. 40 zu § 22 und: Tz. 40, 43.

56) WuW 61, 806 f.

57) Schranken, S. 24.

58) NJW 59, 972/73.

59) BB 59, 1282 I. Sp.

60) WuW 62, 126.

61) Kommentar, § 22 Erl. 5 mit § 11 Erl. 7.

62) Das marktbeherrschende Unternehmen, S. 20/21.

63) WuW 61, 313.

64) Wirtschaftsrecht, Zusammenfassung Nr. 2 nach Anm. 829.

65) Mißbrauch, S. 62/63.

deten nicht unbedingt eine Vermutung für einen Verstoß gegen § 22 Abs. 3, nämlich dann nicht, wenn das Preisniveau nicht überhöht sei ⁶⁶⁾ sowie STRICKRODT: ein Wettbewerb unter bestimmten Marktteilnehmern nicht erzwingbar; und: in § 22 "Geltenlassen monopolistisch-oligopolistischer Sachverhalte" im Sinne von Beschränkungen der Selbständigkeit im Unternehmensvorgehen ⁶⁷⁾.

Die Formulierung des § 22 wirft für diese Autoren keine Probleme auf. STRICKRODT meint z. B., daß "die §§ 22-24 so eindeutig normierte Tatbestände aufweisen, daß ihnen auslegungsmäßig nicht das Geringste hinzugefügt werden" könne ⁶⁸⁾.

Für die gedankliche Folgerung, durch welche die Autoren dieser Gruppe zu ihrem Ergebnis kommen, gibt SARNIGHAUSEN ein anschauliches Beispiel: "Wenn Absatz 1 überhaupt keinen Wettbewerb voraussetzt und davon ausgeht, daß zumindest kein wesentlicher Wettbewerb besteht, erscheint es ausgeschlossen, daß im Wege der Mißbrauchsaufsicht wegen mangelnden Wettbewerbs eingeschritten werden könnte ... Hier (in § 22) werden materielle Wettbewerbsbeschränkungen hingenommen." ⁶⁹⁾ Eine weitere Bestätigung findet SARNIGHAUSEN in der Formulierung "mißbräuchlich ausnutzen", die "nicht auf den wettbewerbswidrigen Zustand, sondern lediglich auf die Art und Weise seiner Nutzung abstellt" ⁷⁰⁾.

SARNIGHAUSEN läßt sich offenbar unbewußt von der hergebrachten Auffassung zum Monopolmißbrauch leiten, ohne die Besonderheiten des Oligopols zu beachten. Ein Beleg für diese Vermutung ist der Umstand, daß der Autor die Begriffe "marktbeherrschende Unternehmen" und "Monopol" synonym gebraucht, und zwar auch zur Kennzeichnung der Unternehmen des § 22 II und daß er als selbstverständlich von ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit (als Monopole) ausgeht ⁷¹⁾.

v. HAHN, der sich in seinem Gutachten mit SCHÜTZ ⁷²⁾ und irrtümlich auch MAYER-WEGELIN ⁷³⁾ als Anhänger des schon die Wettbewerbsbeschränkung

66) WuW 65, 470/471.

67) Kritische Bestimmung, S. 29 und 31.

68) Kritische Bestimmung, S. 45.

69) Mißbrauch, S. 62/63.

70) Mißbrauch, S. 63.

71) Mißbrauch, S. 103 oben und Mitte.

72) siehe nächsten Abschnitt C. II. 4. b (S. 145).

73) vgl. unter den vorstehenden Autoren; MAYER-WEGELIN, Kommentar, § 22 Erl. 5, bezeichnet das marktbeherrschende Oligopol des § 22 II als Oligopol schlechthin; daher das Mißverständnis.

verurteilenden JOSTENENTWURFS⁷⁴⁾ kritisch auseinandersetzt, ist der gleichen Gefahr erlegen, wenn er darauf abstellt, es gehöre zum Wesen der Wettbewerbswirtschaft, daß sich durch Leistung "marktherrschende Positionen" bilden könnten⁷⁵⁾. Solche Fälle berühren nur Absatz 1, nicht Absatz 2 mit 3 des § 22, ebenso wie das gern zitierte Wort des damaligen Bundeswirtschaftsministers: "Es ist unmöglich zu sagen, bis heute wart ihr wohlgefällig, ab heute seid ihr gefährlich; ihr verkörpert wirtschaftliche Macht und müßt unter Kontrolle und womöglich unter Strafe gestellt werden" aus dem Jahre 1953⁷⁶⁾ keine Beziehung zu dem erst viel später in das Gesetz eingefügten marktherrschenden Oligopol hat. Hier wie auch später ist es nur das Großunternehmen an sich, das Anerkennung findet, während ausdrücklich als wirtschaftspolitisches Ziel herausgestellt wird, "alle restriktiv-monopolistische Marktherrschung durch eine Vervollkommnung der Wettbewerbsgesetzgebung und der Steuerpolitik zu hemmen, ja zu unterbinden"⁷⁷⁾.

Das zweite Argument v. HAHNS ist, daß weder die betroffenen Unternehmen selbst, noch die Überwachungsbehörden mit der erforderlichen Sicherheit sagen könnten, was ein "marktherrschendes Unternehmen" tun müsse, um sich so zu verhalten, als ob es im Wettbewerb stünde. Dieser Einwand betrifft die Frage des wirtschaftspolitisch Möglichen und wäre zunächst einmal zu begründen, was sicher nicht ganz einfach ist. Denn jeder Unternehmer wird sehr wohl zu unterscheiden wissen zwischen den Erfordernissen, die ein Wettbewerbskampf und denen, die ein abgestimmter, wettbewerbsbeschränkter "Zustand" an sein Verhalten zu stellen pflegen.

Den genannten Autoren ist aber vor allem entgegenzuhalten, daß sie ihre Argumente nicht erst im Rahmen des Mißbrauchsbegriffs des § 22 III vorbringen, sondern bereits in die notwendig wertneutralen Definitionen der Absätze 1 und 2 eine Vorabentscheidung des Gesetzes für das Hinnehmen von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen hineinlesen. Sie übersehen dabei, daß zwar das begriffsnotwendig marktherrschende Monopol seine marktherrschende Stellung ausnutzen kann, daß aber beim Oligopolunternehmen die marktherrschende Stellung jeweils erst durch eine bestimmt geartete, nämlich abgestimmte Ausnutzung der oligopolistischen Marktstellung geschaffen wird, ihrerseits daher keinen ausnutzungsfähigen Marktzustand darstellt⁷⁸⁾.

74) Inhaber wirtschaftlicher Macht sollen "sich im Geschäftsverkehr so verhalten, wie sie sich verhalten würden, wenn sie einem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt wären", WuW 52, 253.

75) v. HAHN, BB 59, 1281 I. Sp. Mitte.

76) vgl. bei v. HAHN, BB 59, 1281 zu F. 42 dortselbst.

77) ERHARD, Rede vor dem Bundesparteitag der CDU am 28. 4. 60 in Karlsruhe, abgedruckt in Deutsche Wirtschaftspolitik, S. 476 (483 oben).

78) vgl. oben C. II. 2. b (S. 136/37).

b) Richtig: Bewertung des Marktverhaltens erst im Mißbrauchsbegriff

Den zuletzt aufgezeigten Fehler vermeiden die Autoren einer zweiten Gruppe. Von ihnen hat sich allein BARTHOLOMEYCZIK in überzeugender Klarheit mit dem Wortlaut des § 22 auseinandergesetzt. Er trennt zunächst scharf die drei Begriffe: "Marktmacht, die in der Marktstellung zum Ausdruck kommt, Marktbeherrschung und Mißbrauch der Marktmacht". Sodann faßt er die Begriffe Marktbeherrschung und Machtmißbrauch in dem (neutralen) Oberbegriff des Marktverhaltens zusammen und stellt für § 22 folgende Denkreihe auf: "Das Marktverhalten ist Indiz der Marktstellung. Ist sie bewiesen, so läßt sich von ihr aus in der Gegenrichtung ein wertendes Urteil über das Marktverhalten abgeben, das von ihr verursacht worden ist. An ihm interessiert nicht mehr das Marktverhalten als tatsächliche Vorgang, sondern in seiner Bewertung als mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung." 79)

Dieses Verständnis des Wortlautes des § 22 entspricht dem hier gefundenen 80). Von ihm gehen stillschweigend wohl alle Autoren aus, die ausschließlich im Mißbrauchsbegriff die gesetzliche Bewertung des Marktverhaltens finden, zu welchem Ergebnis sie im einzelnen auch immer kommen. Es sind dies außer BARTHOLOMEYCZIK: "Mißbrauch der Marktstellung zur Gestaltung der Preise und Geschäftsbedingungen in Vertragsfreiheit liegt daher vor, wenn der Marktteilnehmer objektiv gegen die Rücksichten verstößt, die er nach Treu und Glauben auf die anderen Marktteilnehmer zu nehmen hat", bzw.: "die von ihm als Teilnehmer an einer sozialen Marktwirtschaft erwartet werden können" 81); HEFERMEHL: Mißbrauch ist wettbewerbsbeschränkendes Verhalten 82); die BUNDESREGIERUNG umschreibt den Mißbrauch des § 22 III beispielhaft wie folgt: "... wenn eine oder mehrere Personen, die eine wirtschaftliche Machtstellung innehaben, das allgemeine Interesse durch Verhaltensweisen verletzen, welche das normale Spiel des Wettbewerbs verfälschen oder beschränken oder welche die wirtschaftliche Freiheit der Hersteller, der Händler oder Verbraucher oder die Entwicklung der Produktion oder des Wirtschaftsverkehrs behindern" 83); CHRISTL: "... wenn das Recht auf wirtschaftliche Betätigung im verbotsfreien Raum ... mittels wettbewerbsbeschränkender ... Verhaltensweisen, die im Gesetz ausdrücklich genannt sind, in einer Weise gebraucht wird, daß auf bestimmten Märkten der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird ..." 84);

79) GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 76.

80) vgl. oben C. II. 2. e (S. 138).

81) GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 84 u. 83 a.E.

82) BAUMBACH-HEFERMEHL, I Allg., Anm. 60.

83) Bericht über Änderungen des GWB, S. 70 r. Sp.

84) BB 60, 299 I. Sp.

DILCHER, der in § 22 den Schutz des Wettbewerbs durch Verwaltungskontrolle verwirklicht sieht: "damit soll ein Mindestmaß von wirtschaftlichem Gleichgewicht der Marktteilnehmer, die Grundlage jeder Wettbewerbsfreiheit, im Rechtswege gesichert werden" ⁸⁵⁾. DÖRINKEL: Mißbrauch ist erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse, die mit den gesetzlichen Vorschriften, bzw. der im Einzelfall zu schützenden marktwirtschaftlichen Ordnung, nicht zu vereinbaren ist ⁸⁶⁾. GÜNTHER: Beschränkung wirtschaftlicher Freiheit nur durch den Staat; und: Beschränkung der Freiheit des Unternehmers durch das GWB "dort, wo er versucht, durch Einsetzung kollektiver oder individueller wirtschaftlicher Macht ökonomische Daten durch Wettbewerbsbeschränkungen oder -verfälschungen willkürlich zu verändern" ⁸⁷⁾. KOENIGS: das GWB schaffe (insbesondere durch die allerdings ergänzungsbedürftigen §§ 22-24) die bisher fehlende notwendige Kontrolle der privaten Normensetzung und wirtschaftlichen Macht; und: Sicherung der Vertragsfreiheit auch für die wirtschaftlich Schwächeren ⁸⁸⁾. MÜLLER-GRIES: dieser Autor ist wohl in dem Sinne zu verstehen, daß Mißbrauch nicht in der Höhe der Preise, sondern in dem sie ermöglichenden restriktiven Verhalten liege ⁸⁹⁾. LANGEN: Mißbrauch ist Fehlgebrauch der den Unternehmen von der Wirtschaftsordnung gewährten Rechte ⁹⁰⁾. RASCH: "Das marktbeherrschende Unternehmen hat, insofern es keinem wesentlichen Wettbewerb gegenübersteht, selbst die Grenze überschritten, deren Innehaltung Voraussetzung für eine sinnvolle Handhabung überkommener rechtsstaatlicher Grundsätze ist. Es kann daher auch nicht erwarten, nach Vorstellungen des 19. Jahrhunderts behandelt zu werden, sondern muß mit einer modifizierten Handhabung rechtsstaatlicher Prinzipien einverstanden sein." ⁹¹⁾ Soweit RASCH auch vom Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung spricht, liegt offenbar eine sprachliche Ungenauigkeit vor und keine gewollte Einengung des bewußt weit gehaltenen Standpunktes: Mißbrauch, "ein Verhalten, das im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialordnung, wie sie insbesondere das GWB erstrebt, keine Anerkennung finden kann" ⁹²⁾. SCHÜTZ: Mißbrauch ist Ausnutzung einer Machtstellung zum Schaden anderer, "sofern hierdurch Marktverhältnisse eintreten, die sich bei geordnetem Wettbewerb nicht entwickeln könnten"; Eingriff aber nur bei erheblichem Mißstand ⁹³⁾.

85) NJW 60, 1042 r. Sp.

86) WuW 59, 88.

87) MA 59, 275 r. Sp. und Kartelle und Monopole, S. 79.

88) NJW 61, 1041 r. Sp. und 1041/42.

89) Kommentar, § 22 Anm. 11.

90) Marktbeherrschung, S. 17.

91) Wettbewerbsbeschränkungen, § 22 Anm. 1 a.E.

92) Wettbewerbsbeschränkungen, § 22 Anm. 10.

93) NJW 58, 1851.

c) Die sogenannte "Ordnungstheorie" (LANGEN)

LANGEN nennt die vorstehend genannten Autoren, soweit auch er sie zitiert, Vertreter einer von ihm so genannten "Ordnungstheorie". Er beabsichtigt mit dieser Theorie eine saubere Trennung von der sogenannten Denkmodelltheorie, die auf das Denkmodell des "wirklichen Wettbewerbs" abstelle ⁹⁴⁾. Dieser "wirkliche" oder "freie" Wettbewerb stelle - so meint LANGEN - nicht die Wirtschaftsordnung dar, die der Gesetzgeber bezwecke ⁹⁵⁾.

Sofern LANGEN an das Denkmodell der vollständigen Konkurrenz im Sinne der FREIBURGER SCHULE denkt ⁹⁶⁾, ist ihm voll zuzustimmen. Es wurde bereits früher nachgewiesen, daß dieses Denkmodell niemals ernsthaft als wirtschaftspolitische Forderung verwirklicht werden sollte, sondern daß es dem Gesetzgeber von Anfang an um die Durchsetzung eines Wettbewerbs gegangen ist, der als Inbegriff freier wirtschaftlicher Betätigung aller am Austauschprozeß auf dem Markt Beteiligten zu verstehen ist ⁹⁷⁾. Mit der neuerlichen Gegenüberstellung verschiedener Wettbewerbstheorien würden daher nur offene Türen eingerrannt, woran LANGEN nicht gelegen sein kann.

Sollte LANGEN dagegen - wie es scheint - der Auffassung sein, der Gesetzgeber wolle auf Oligopolmärkten auf einen wirksamen Wettbewerb überhaupt verzichten und eine Ordnung durchsetzen, die rein von ökonomischen Gesichtspunkten getragen wird, so ist ihm die auch für oligopolistische Märkte als gegeben ermittelte freiheitliche Zielsetzung des Gesetzes entgegenzuhalten, die auf Durchsetzung eines wirksamen Wettbewerbs im Sinne der gegebenen Definition bestehen muß ⁹⁸⁾.

Methodisch aber ist der Gedanke LANGENS der richtige Ansatzpunkt, um den Inhalt des Mißbrauchsbegriffs zu bestimmen, von dem auch die zuletzt genannten Autoren, zumeist stillschweigend, bei der Konkretisierung dieses Begriffes ausgehen. Maßgebend für den Inhalt des Mißbrauchsbegriffes kann keine irgendwie geartete Wettbewerbstheorie, sondern allein die aus Verfassung und sonstigem Recht abzuleitende staatliche Wirtschaftsordnung sein.

94) zu ihr rechnet er übrigens GÜNTHER und seine eigene Ansicht in den drei ersten Auflagen seines Kommentars.

95) Marktbeherrschung, S. 17.

96) vgl. oben B. II. 2 (S. 68 f.).

97) vgl. oben A. III (S. 54 ff.) und B. II. 2 (S. 69 f.).

98) vgl. oben B. IV. 4 (S. 117 ff.).

5. Der Rechtsmißbrauch als Mittel zur Bestimmung des Mißbrauchsbegriffs

a) Wortsinn des Mißbrauchsbegriffes

Der Begriff der "mißbrauchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung", genauer: "Marktstellung", in § 22 III ist in unserer Rechtssprache ohne Vorbild. Die Auslegung! : deshalb vor allem den Wortsinn festzustellen und das Ergebnis mit bekannten ähnlichen Wortverbindungen zu vergleichen.

Die Vorsilbe "miß-" bedeutet ursprünglich nicht etwas Verbotenes, Mißbilligtes, sondern einfach die Negation des Stammwortes⁹⁹⁾. In der Verbindung mit dem Wort "Gebrauch" bezeichnet sie so einen Gebrauch, der sich nicht im Rahmen dessen hält, was man erwarten durfte, sei es aus der Natur der Sache heraus oder aus der Zweckbestimmung des gebrauchten Gegenstandes. Mißbrauch bezeichnet also einen zweckwidrigen Gebrauch¹⁰⁰⁾. Ein sittliches Unwerturteil ist mit dem Mißbrauchsbegriff deshalb nur dann verbunden, wenn der Gebrauch in einem bestimmten Sinne zur sittlichen Pflicht gemacht wird. Es haftet ihm daher nicht von vornherein an, sondern muß ihm durch die sittliche Überzeugung der Allgemeinheit beigelegt werden.

b) Der Rechtsmißbrauch

Entsprechendes gilt für den Mißbrauchsbegriff, der in der Rechtsordnung eine Rolle spielt. BARTHOLOMEYCZIK hat nachgewiesen, daß der Mißbrauchsbegriff im Familienrecht des BGB, bei aller Verschiedenheit seiner Bestimmung in dem jeweiligen Sachbereich, ein gemeinsames Merkmal hat: er bezeichnet immer ein dem Wesen der spezifischen Institution (Ehe, Schlüsselgewalt, elterliche Gewalt) widersprechendes Verhalten¹⁰¹⁾. Zum selben Ergebnis kommt SARNIGHAUSEN in seiner überblickhaften Analyse der gesamten Rechtsordnung: "Mißbrauch ist der Gebrauch einer Rechtsposition, der zwar formell zulässig, aber infolge seiner negativen Ausrichtung materiell unzulässig ist"¹⁰²⁾.

Die an dieser Auffassung des Mißbrauchsbegriffes geübte Kritik v. HAHNS greift nicht durch. Sie stützt sich vor allem auf zwei Argumente: einmal auf von BARTHOLOMEYCZIK angeblich nicht untersuchte Fälle des bürgerlichen Rechts sowie Tatbestände außerhalb desselben und sodann auf die Verwendung des

99) der NEUE BROCKHAUS; etwas Verunglücktes, schlecht Geratenes, Verfehltes.

100) ebenso: CHRISTL, BB 60, 297 I. Sp.; DÖRINKEL, WuW 59, 81/82; SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 70.

101) BARTHOLOMEYCZIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 82.

102) SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 27.

Mißbrauchsbegriffs durch Rechtsprechung und Wissenschaft 103).

Der von v. HAHN zitierte § 825 BGB ist ein deliktischer Anspruch, der ergänzend neben § 823 BGB tritt und als solcher, Deliktsgrundsätzen entsprechend, Verschulden fordert, auch wenn dieses Merkmal nicht ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen ist. § 6 StAnpG ist zwar in dem Sinne auszulegen, daß die Absicht zu fordern ist, durch die Wahl eines ungewöhnlichen und unangemessenen Weges Steuern zu sparen. Jedoch ist das Erfordernis der Absicht in dem Tatbestandsmerkmal der "Umgehung oder Minderung der Steuerschuld" enthalten, von denen zumindest die "Umgehung" ein planmäßiges Vorgehen voraussetzt. Die Absicht ist hier auch deswegen als Abgrenzungskriterium unentbehrlich, weil dem Steuerpflichtigen grundsätzlich alle rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten offenstehen, auch soweit ihre Wahl nicht eben alltäglich, sondern ungewöhnlich ist und u. U. gute Gründe gerade für die Wahl dieses Weges sprechen können. Wo solche Gründe nicht ersichtlich sind, liegt der Schluß auf die Absicht, Steuern zu sparen, nahe. Und umgekehrt: "Je deutlicher die Absicht, Steuern zu sparen, in den Vordergrund tritt und je weniger andere Gründe für die Wahl einer nicht alltäglichen Gestaltung sprechen, um so näher liegt die Vermutung, daß ein Mißbrauch im Sinne des Gesetzes vorliegt" 104). Die Absicht ist hier also nicht Wesensbestandteil des Mißbrauchs, sondern Indiz eines solchen. § 165 a ZPO schließlich, auf den sich v. HAHN noch beruft, macht ausdrücklich das Sittengesetz zum Maßstab einer Vollstreckungshandlung.

Auch zum Monopolmißbrauch, den die Rechtsprechung aus §§ 138 und 826 BGB entwickelt hat, hat BARTHOLOMEYCZIK ausführlich Stellung genommen 105). Wenn das REICHSGERICHT bis zuletzt beim Monopolmißbrauch an dem Erfordernis der Sittenwidrigkeit festgehalten hat, obwohl es bereits Rechtsmißbrauch und Mißbrauch der Vertretungsmacht objektiv bestimmte, so liegt nach BARTHOLOMEYCZIK die Vermutung nahe, das REICHSGERICHT habe den Monopolmißbrauch nicht in den allgemeinen Rechtsmißbrauch einordnen können, weil es diesen nicht auf den Mißbrauch der Freiheit ausdehnen wollte oder weil der Begriff des Monopols ihm so wenig tatsächlich faßbar erschien, daß es vorzog, den Schwerpunkt seiner Entscheidung in die allgemeinen Merkmale des Verstoßes gegen die guten Sitten zu verlegen, oder weil der Mißbrauch mehr im Marktverhalten als in der Marktstellung zu Tage tritt 106). Ein Wandel der Auffassung zeichnete sich erst in den letzten Entscheidungen des REICHS-

103) v. HAHN, BB 59, 1280 1. Sp. oben.

104) vgl. KÜHN, Abgabenordnung, § 6 StAnpG Anm. 3.

105) GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 9 zu §§ 22-24.

106) BARTHOLOMEYCZIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 9 zu §§ 22-24 (S. 623/24).

GERICHTS ab ¹⁰⁷⁾. Heute bestimmen die wohl herrschende Ansicht im Schrifttum ¹⁰⁸⁾ und im Anschluß daran der BUNDESGERICHTSHOF in gefestigter Rechtsprechung ¹⁰⁹⁾ die Grenzen für den Inhalt allgemeiner - d. h. ihrem Wesen nach monopolistischer - Geschäftsbedingungen nach den Grundsätzen unzulässiger Rechtsausübung.

Diese Verzögerung der Entwicklung auf dem Gebiet des Monopolmißbrauchs von seiner Auffassung als Sittenverstoß bis hin zum objektiven Rechtsmißbrauch ist in der Tat nur dadurch zu erklären, daß man den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem unter den Partnern frei ausgehandelten Vertrag und dem von dem einen Partner diktierten Vertragsinhalt erst sehr spät erkannt hat. Man betrachtete die Beziehung der Vertragspartner noch aus dem Blickwinkel des 19. Jahrhunderts und in der Überzeugung, "mit der Gewährleistung der Spielregeln der freien Konkurrenz zugleich die sicherste Garantie gegen wirtschaftlichen Machtmißbrauch geschaffen zu haben". Das Bedürfnis, die latent in jedem Recht als einer Gemeinschaftsordnung enthaltene Grenze klarzustellen, wurde daher noch nicht empfunden. ¹¹⁰⁾ Der Blick blieb auf diese Weise im Vordergründigen haften, an dem individuellen Vertrag, der mit den gleichen Maßstäben gemessen wurde, wie wenn er das Ergebnis freien Aushandelns gewesen wäre, also die Vermutung eines gerechten Interessenausgleichs für sich gehabt hätte.

Der Übergang zu der objektiven Grenze des Rechtsmißbrauchs war das erste Ergebnis der Überwindung dieses Standpunktes. Man sah ein, daß die Befugnis, z. B. durch Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Marktpartner aufzuheben, den Schranken unterworfen sein muß, die mit dem Recht, eine allgemeine Ordnung des Vertragswesens für sämtliche Beteiligten eines bestimmten Wirtschaftszweiges zu schaffen, notwendigerweise verbunden sein muß, "Diese Schranken werden durch das allgemeine Gebot bestimmt, die allgemeine Regelung des Vertragswesens unter gerechter Abwägung der beiderseitigen Belange zu treffen und hierbei keine einseitige und sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung der einen Seite und keine unerträgliche und ungerechte Belastung der anderen Seite herbeizuführen" ¹¹¹⁾.

Es ist deshalb ein etwas ungewöhnlicher Weg, wie ihn etwa v. HAHN zu gehen versucht, für den Inhalt des Monopolmißbrauchs ausgerechnet an die überwun-

107) vgl. dazu RGZ 163, 329; RG in DR 1941, 1726.

108) vgl. FISCHER, BB 57, 485 r. Sp. Mitte.

109) vgl. etwa BGHZ 22, 97 und bei BARTHOLOMEYCZIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 9 a. E. zu §§ 22-24.

110) RAISER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 278.

111) FISCHER, BB 57, 486 l. Sp.

dene Rechtsprechung des REICHSGERICHTS anzuknüpfen und dabei die spätere Entwicklung einfach zu übergehen ¹¹²⁾.

Als bisheriges Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß Rechtsmißbrauch der Gebrauch eines Rechtes über die ihm wesenseigenen Schranken hinaus ist. ¹¹³⁾

c) Mißbrauch der Handlungsfreiheit

Gegenstand des Monopolmißbrauchs als Rechtsmißbrauch ist das subjektive Recht des Monopolisten, das ihm durch die Unterwerfung seiner Geschäftspartner unter seine Geschäftsbedingungen erwachsen ist. Unzulässig ist also die Ausnützung dieser formalen, meist privaten, Rechtsposition.

Gegenstand des Mißbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen dagegen ist kein derartiges vertraglich begründetes Recht, sondern die Freiheit, sich wirtschaftlich zu betätigen. Soweit im GWB das Mißbrauchsprinzip Anwendung findet, vor allem in § 22, ist dies offensichtlich. Absatz 3 setzt den Abschluß eines Vertrages nicht voraus, sondern erfaßt - so ganz klar die alte Fassung - bereits ein Verhalten "bei Abschluß von Verträgen ... beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen", ein Verhalten also, das unmittelbar Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit ist. Nicht anders ist es aber im Bereich des Verbotsprinzips (§§ 1, 15 usw.). Durch die Ausnahmenvorschriften des Gesetzes wird für die Unternehmen keine Rechtsposition neu begründet, sondern es wird die durch die Verbotsnorm eingeschränkte Handlungsfreiheit unter bestimmten Voraussetzungen wiederhergestellt. Mit dem Wiederaufleben der Handlungsfreiheit werden die Ausnahmenvorschriften, wie CHRISTL überzeugend dargetut, grundsätzlich zu Mißbrauchsaufsichtsbestimmungen. Denn es ist sicher, daß der Gesetzgeber die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die einzelnen Arten von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen in Übereinstimmung mit der Zielsetzung des Gesetzes (Freiheit und Gemeinwohlerfordernisse) festgelegt hat und Wert darauf legt, daß die Vereinbarungen ständig im Einklang mit dieser Zielsetzung bleiben. ¹¹⁴⁾

112) v. HAHN, BB 59, 1280.

113) vgl. auch ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 239 III 5 a.E.; STAUDINGER-WEBER, II. Band, Teil 1 b, § 242 D 22; MÜLLER-ERZBACH, AcP 154. Band (34. Bd. d.n.F.), S. 327.

114) CHRISTL, BB 60, 298 I. Sp., der vor allem auf §§ 3 IV und 17 I 1. verweist.

d) Grenzen für die Nutzbarmachung des Rechtsmißbrauchs

Will man die Erkenntnisse zum Rechtsmißbrauch auf den Mißbrauch der allgemeinen Handlungsfreiheit übertragen, so ist das Ergebnis, daß mißbräuchlich der Gebrauch der Freiheit über ihre wesenseigenen Schranken hinaus ist.

Damit ist aber noch nicht viel gewonnen, da das Schwierige gerade die Bestimmung dieser Schranken ist. Der Gewinn besteht vor allem darin, daß auch der Freiheitsmißbrauch objektiv und ohne einen damit verknüpften Schuldvorwurf oder gar ein sittliches Unwerturteil verstanden werden muß. So wie das Institut des Rechtsmißbrauchs die Aufgabe hat, "im Rahmen eines persönlichen Beziehungsverhältnisses (§ 241 BGB) den Ausgleich in einer Billigkeitsordnung zu schaffen, die sich aus dem Verhältnis der beiden Beteiligten ergibt" ¹¹⁵⁾, so hat die innere Beschränkung des Freiheitsgebrauchs die Aufgabe, in einem konkreten Lebensbereich die freie Betätigung der in Beziehung zueinander tretenden Personen nach bestimmten, verfassungsmäßigen Grundsätzen aufeinander abzustimmen. Für subjektive Erwägungen bleibt somit kein Raum. ¹¹⁶⁾

Diese Gegenüberstellung zeigt zugleich, worin der Unterschied zwischen Rechtsmißbrauch und Mißbrauch der Handlungsfreiheit besteht: das Institut des Rechtsmißbrauchs gehört dem Privatrecht an, die Frage des Freiheitsmißbrauchs stellt sich im Verfassungsrecht und damit auf einer völlig verschiedenen Ebene.

Eine Beziehung im Sinne der Übereinstimmung zwischen beiden kann auch nicht in der Weise hergestellt werden, daß man etwa ein Verhalten als Mißbrauch der Freiheit bezeichnet, welches Geschäftsbedingungen aufstellt, die als Inhalt eines späteren Einzelvertrages den Einwand des Rechtsmißbrauchs begründen würden. Damit würde die privatrechtliche Problemstellung in die Verfassungsebene projiziert und so in gefährlicher Weise der Blick verengt für die eigene, verfassungsrechtliche Problematik des Freiheitsgebrauchs. Der Ausgleich rein individueller privater Interessen kann und darf nur innerhalb des Privatrechts erfolgen. Auch dort, wo sich der Staat in diesen Interessenausgleich einschalten zu müssen glaubt, kommt er mit seiner Intervention noch nach Entstehung des Privatrechtsverhältnisses (bzw. beim Kontrahierungszwang bei Verweigerung eines bestimmten einzelnen Vertragsschlusses) zum Zuge, wie die bisherige Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch beweist. Es ist sogar zu fragen, ob Geschäftsbedingungen denn überhaupt außerhalb eines bereits bestehenden individuellen persönlichen Beziehungsverhältnisses nach den Grundsätzen des Monopolmißbrauchs im herkömmlichen Sinne beurteilt werden können. Denn ob ein Preis den billigen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten hindert, ist doch weit-

115) BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 83.

116) ebenso SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 40, 42.

gehend abhängig von den persönlichen Verhältnissen des einzelnen Kunden und den konkreten Umständen des einzelnen Vertragsschlusses und kann nur im Großen durch Würdigung der Interessen der Kunden in ihrer Gesamtheit oder eines repräsentativen Kunden beurteilt werden.

Wo der Staat schon im vorvertraglichen Bereich Verhaltensmaßstäbe aufstellt, spricht daher die Vermutung dafür, daß es ihm primär nicht auf den Interessenausgleich im Einzelfall, sondern auf das prinzipielle Abstecken der Freiheitsbereiche ankommt, auf Durchführung einer verfassungspolitischen Zielsetzung also.

Das schließt freilich nicht aus, daß er gleichzeitig die Auswirkung einer solchen Freiheitsregelung auf die Inhalte späterer Einzelverträge mitbezweckt. Ein solcher Zusammenhang besteht selbstverständlich, wie ja überhaupt erst die Einsicht in die oft ungerechte Interessenregelung eines Vertrages bei nur einseitig wirksamer Gestaltungsfreiheit die Aufmerksamkeit auf die verfassungsrechtliche Problematik lenkt ¹¹⁷⁾. Das privatrechtliche Problem wirkt so als Anstoß der verfassungsrechtlichen Erörterung, die dann aber ihren eigenen Regeln folgt.

6. Die Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nach dem GWB

a) Zwei Arten von Schranken

Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit, um die es hier geht, wird dem einzelnen durch Art. 2 I GG nur in den Grenzen oder Schranken gewährt, welche durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz gezogen werden. Man könnte versucht sein, diese Schranken der wirtschaftlichen Freiheiten - jenseits derer ihr Gebrauch mißbräuchlich ist - aus dem GWB heraus zu bestimmen. Denn ganz offensichtlich hat es der Gesetzgeber hier unternommen, den Freiheitsgebrauch der wirtschaftenden Menschen zu ordnen ¹¹⁸⁾.

Hier wird nun die Unterscheidung wichtig, die früher bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung des Freiheitsgebrauches getroffen wurde: zwischen dem Auftrag des Sozialstaatsprinzips an den einzelnen und an den Staat zur Sozialgestaltung in jeweils dem Rahmen, der der verfassungsrechtlichen Stellung beider entspricht ¹¹⁹⁾. Dabei wurden die dem einzelnen bei seinem Freiheitsgebrauch

117) vgl. etwa FISCHER, BB 57, 486 I. Sp., der im Hinblick auf die Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen sehr vorsichtig an der Frage rührt, ob das Prinzip der Vertragsfreiheit überhaupt die Befugnis zu der Macht herzugeben vermöge, die vertragliche Gestaltungsfreiheit aufzuheben.

118) vgl. oben A. III. 1 (S. 54).

119) oben B. III. 4. c (S. 88 ff.) und d-f (S. 91 ff.).

gezogenen Schranken dort gesehen, wo er die gleiche Freiheit der anderen berührt ¹²⁰⁾. Ihnen gegenübergestellt wurden Schranken des Freiheitsrechts, die der Staat durch Konkretisierung einer insoweit bestehenden noch unbestimmten Pflichtigkeit des Freiheitsrechts gegenüber der Allgemeinheit errichten kann ¹²¹⁾. Anders als die immanenten Schranken des Freiheitsrechtes werden diese für den einzelnen erst durch die entsprechende staatliche Regelung des betreffenden Lebensbereiches erkennbar.

b) Immanente Schranken: nicht aus GWB bestimmbar

Die immanenten Schranken des Freiheitsrechtes können aus zwei Gründen nicht durch eine Analyse des GWB näher bestimmt werden. Zum einen ist es nicht möglich, das Gesetz schon als ordnungsgemäß nach der Verfassung ergangen dem Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art. 2 I GG unterzuordnen. Das ist heute allgemein gesicherte Erkenntnis. Unter "verfassungsmäßiger Ordnung" sind nach richtiger und auch herrschender ¹²²⁾ Ansicht vielmehr nur die "elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers" zu verstehen ¹²³⁾. Zum anderen wurde bereits gesagt, daß das GWB im Bereich der Mißbrauchsaufsicht keine "Rechte anderer" im Sinne des Art. 2 I GG begründet, sondern nur die verfassungsrechtlich gewährte Handlungsfreiheit voraussetzt (Mißbrauchsprinzip) oder aber wiederherstellt (Ausnahmen vom Verbotsprinzip) ¹²⁴⁾. Es verweist damit selbst wieder auf die Verfassung zurück.

Aber auch wenn man auf die "Art der jeweiligen Gewährung" der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch das GWB abstellt ¹²⁵⁾, kommt man ihren immanenten Schranken nicht näher. Die durch das GWB "begründeten" Rechtsstellungen oder besser: die näheren Umschreibungen des wiederhergestellten Freiheitsbereiches, können nicht als "Rechte anderer" anerkannt werden, da man sonst - wie KLEIN sehr anschaulich macht - in einen ausweglosen Zirkelschluß verfiere: "Müßten doch solche 'Rechte anderer' als Ausfluß einer außerverfassungsrechtlichen Teilrechtsordnung unter der Herrschaft der sich auf diese Teilrechtsordnung als (Rechts-)Einrichtungsgarantie und (oder) Grundsatznorm beziehenden Freiheitsrechtsbestimmung eben dieselbe Freiheitsrechtsbestimmung auf dem Wege über Halbsatz 2 ihrerseits einschränken" ¹²⁶⁾. Oder mit anderen

120) oben B. III. 4, c (S. 91) und f a. E. (S. 99).

121) oben B. III. 4, d (S. 92).

122) vgl. GIESE-SCHUNCK, GG, Art. 2 Anm. 3.

123) v. MANGOLDT-KLEIN, GG, Art. 2 Anm. IV 2 a.

124) oben C. II, 5, c (S. 150).

125) SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 71.

126) v. MANGOLDT-KLEIN, Art. 2 Anm. IV 1 e.

Worten: Derartige Rechtsstellungen beruhen entweder auf der die betreffende Teilrechtsordnung beherrschenden Freiheitsrechtsbestimmung, stehen daher mit ihr in Einklang oder sie sind wegen unüberbrückbaren Widerspruchs zu ihr verfassungswidrig; in keinem Fall jedoch können sie "Schranken" der Verfassungsnorm sein, von der sie selbst in ihrem Geltungsumfange abhängen.

Dementsprechend gewinnt SARNIGHAUSEN sein drittes Mißbrauchskriterium "Gefährdung des Gemeinwohls (sozialwidriges Verhalten)" ¹²⁷⁾ unmittelbar aus der verfassungsrechtlichen Sozialstaatsklausel ¹²⁸⁾, soweit also diese dem einzelnen im Interesse des gemeinschaftlichen Zusammenlebens im Staat ein bestimmtes Maß an Selbstbeschränkung auferlegt. Mißbrauch ist nach SARNIGHAUSEN (unter anderem) ein Verhalten, das diese Selbstbeschränkung vermissen läßt ¹²⁹⁾. Leider bleibt SARNIGHAUSEN, wie zu zeigen sein wird, nach diesem richtigen Ansatz nicht konsequent.

c) Legislative Schranken: nur durch GWB bestimmbar

Etwas anderes als für die verfassungsimmanente Schranken gilt für die Schranken, die sich erst aus einer Konkretisierung der sozialen Pflichtigkeit des Freiheitsrechtes durch staatlichen Eingriff im Interesse der Allgemeinheit ergeben ¹³⁰⁾. Hier geht es um den Schutz der Gesamtwirtschaft, das zweite Mißbrauchskriterium SARNIGHAUSENS ¹³¹⁾, aber auch um den Schutz vor "sonstigen Gefährdungen des Gemeinwohls" sowie vor "übermäßigen Wettbewerbsbeschränkungen", dem ersten Mißbrauchskriterium von SARNIGHAUSEN. ¹³²⁾

Die Erfordernisse des Gemeinwohls in diesem umfassenden Sinne, der alle drei Merkmale einschließt ¹³³⁾, können nicht von dem einzelnen überblickt und bei seinem Freiheitsgebrauch berücksichtigt werden, ohne daß ihm der Staat hierfür Richtlinien an die Hand gibt. Überdies ist allein der Staat der berufene Verwalter des gemeinen Wohls ¹³⁴⁾. Auch SARNIGHAUSEN ist der Auffassung,

127) Mißbrauch, S. 111 f.: Mißbrauch liege vor bei übermäßigen Wettbewerbsbeschränkungen oder (sonstiger) Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder (sonstiger) Gefährdung des Gemeinwohls (sozialwidriges Verhalten) plus Gebrauch der Marktstellung gegen Sinn und Zweck ihrer rechtlichen Grundlage.

128) Mißbrauch, S. 51 ff. (54 Mitte).

129) Mißbrauch, S. 55/56.

130) oben B. III. 4. e (S. 92 ff.).

131) Mißbrauch, S. 111.

132) vgl. oben Fußn. 127.

133) vgl. auch SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 111.

134) oben B. III. 4. f (S. 95 ff.).

daß Gefährdung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl sowie übermäßige Wettbewerbsbeschränkung nicht ohne die fachliche Qualifikation der Kartellbehörde festzustellen seien ¹³⁵⁾.

Dann aber kann der richtige Freiheitsgebrauch nicht schon aus der verfassungsrechtlichen Freiheitsrechtsbestimmung abgeleitet werden, sondern nur aus der vom Staat geschaffenen Teilrechtsordnung im umfassenden Sinne, einschließlich der Maßnahmen der Verwaltung.

Für das GWB bedeutet das, daß die Ausnahmeregelungen des Gesetzes vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen das Maß setzen für die freie Betätigung und für den Beginn des Mißbrauchs. Es ist daher unerläßlich, bei Aufstellung eines allgemeinen Mißbrauchsbegriffes für das GWB mit SARNIGHAUSEN das Kriterium des "Gebrauchs der Marktstellung gegen Sinn und Zweck ihrer rechtlichen Grundlage" in die Mißbrauchsdefinition aufzunehmen ¹³⁶⁾. Insoweit ist die Definition CHRISTLS, wie SARNIGHAUSEN zu Recht bemerkt, zu eng ¹³⁷⁾. Sie setzt die durch Ausnahmenvorschriften wiederhergestellte Handlungsfreiheit der ursprünglichen Handlungsfreiheit im verbotsfreien Raum gleich, ohne auf die durch die Verbotsausnahme u. U. abweichend von den immanenten Schranken gesetzte Gewährleistungsschranke des Freiheitsrechtes Rücksicht zu nehmen. Für beide Arten der Freiheitsrechtsgewährleistungen gelten dann nach CHRISTL alternativ dieselben Mißbrauchskriterien ¹³⁸⁾. Es fehlt das Mittel, um aus ihnen dasjenige auszuwählen, auf das es im Einzelfall ankommt. Will man mit dieser Definition arbeiten, so muß man vorab durch die Prüfung von Sinn und Zweck der Freistellung - also durch die von SARNIGHAUSEN ins Bewußtsein gehobene und in die Form eines (vierten) Mißbrauchskriteriums gebrachte Methode - eine Auswahl unter den einzelnen Merkmalen eines Mißbrauchs treffen. Erst durch diese Operation wird sich etwa ergeben, daß z. B. das Merkmal der "wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs" (CHRISTL) oder der "übermäßigen Wettbewerbsbeschränkung" (SARNIGHAUSEN) überall da irrelevant ist, wo das Gesetz oder die Behörde auf Wettbewerb verzichten ¹³⁹⁾.

135) Mißbrauch, S. 116 u. 44 unten.

136) oben S. 154 F. 127.

137) Mißbrauch, S. 71.

138) die da sind - vgl. CHRISTL, BB 60, 299 I. Sp.: a) wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder b) Beseitigung der wesentlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des Wettbewerbs oder c) Schaffung wesentlich anderer, gesamtwirtschaftlich nachteilig zu beurteilender Erzeugungs-, Absatz- und Preisverhältnisse.

139) etwa im Rahmen der Bereichsausnahmen oder bei Fällen der §§ 4 und 8.

SARNIGHAUSEN entwickelt seinen Mißbrauchs begriff ganz an dem Bereich der Verbotsausnahmen des GWB. Durchaus zu Recht verläßt er dabei den schon erwähnten Ansatz, die Schranken des Freiheitsgebrauches unmittelbar aus dem Sozialstaatsprinzip herzuleiten. Denn nun geht es nicht mehr um diese verfassungsimmanen Schranken, die der einzelne unmittelbar selbst erkennen kann. Mit dem Wiederaufleben der zunächst eingeschränkten Betätigungsfreiheit ist diese vielmehr neu geprägt durch die Interessen der Gesamtwirtschaft oder, allgemeiner, durch diejenigen Erfordernisse des gemeinen Wohls, deren Durchsetzung die Verfassung dem Staate aufgegeben hat. Die ursprünglich bestehende soziale Pflichtigkeit des Freiheitsrechtes ist jetzt in echte Schranken verwandelt, deren Verlauf von dem einzelnen an Hand der gesetzlichen oder verwaltungsmäßigen Freigabe seiner Betätigung grundsätzlich abzulesen und nur auf diesem Wege zu erkennen ist. Entsprechendes gilt für die außerhalb des GWB geordneten Ausnahmen.

Mit der Einhaltung des so geschaffenen Freiheitsraumes verbindet sich notwendig zugleich die Beachtung von Gesamtwirtschaft und gemeinem Wohl, die ja bei der Festlegung dieses Freiheitsbereiches bestimmend waren, durch den privaten einzelnen. Auf diese Form der Verpflichtung des einzelnen auf das gemeine Wohl ist besonders zu achten. Sie allein ist mit der früher herausgestellten doppelten Wirkungsrichtung des Sozialstaatsprinzips zu vereinbaren ¹⁴⁰⁾.

In diesem Sinn will offenbar auch SARNIGHAUSEN seinen Mißbrauchs begriff verstanden wissen, wenn er ihn etwa so umschreibt: Mißbrauch ist ein Gebrauch, der Gesamtwirtschaft oder Gemeinwohl gefährdet oder eine übermäßige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, indem er gegen den Sinn der rechtlichen Grundlage der Marktstellung verstößt ¹⁴¹⁾. Dem einzelnen sind also die Interessen der Allgemeinheit nur mittelbar über die spezielle Regelung seines Freiheitsbereiches anvertraut.

d) SARNIGHAUSENS Zirkelschluß beim "Mißbrauch" des § 22

Für den Bereich der Ausnahmeregelung ist der Mißbrauchs begriff SARNIGHAUSENS somit als ein Fortschritt zu bezeichnen. Sein Nutzen für diesen Bereich wird aber in Frage gestellt durch die Gefahr, die er für die Bestimmung des Mißbrauchs im verbotsfreien Raum mit sich bringt.

SARNIGHAUSEN wechselt hierfür die Rechtsgrundlage der Betätigungsfreiheit aus, setzt also an Stelle der jeweiligen Verbotsausnahme des GWB die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG und erhält die Definition:

140) oben B. III. 4. f (S. 95 ff.).

141) SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 73.

"Für marktbeherrschende Unternehmen ist Mißbrauch ein formell zulässiger Gebrauch der Marktstellung, der Gesamtwirtschaft oder Gemeinwohl gefährdet oder eine übermäßige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, indem er gegen den jeweils (?) zu ermittelnden Sinn der Unternehmensfreiheit verstößt" 142).

Wie schon erwähnt, entwickelt SARNIGHAUSEN seine Mißbrauchskriterien aus dem GWB. Das gilt uneingeschränkt für die "Gefährdung der Gesamtwirtschaft" und für die "übermäßige Wettbewerbsbeschränkung". Es gilt aber ebenso für die "Gefährdung des Gemeinwohls". Zwar hatte SARNIGHAUSEN dieses letzte Merkmal zunächst unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip gewonnen 143). Von diesem Ansatz ist er aber stillschweigend wieder abgegangen, als er das Merkmal der "Gefährdung des Gemeinwohls" zusammen mit den beiden andern Mißbrauchskriterien unter die Kontrolle durch das Merkmal der Sinn- und Zweckwidrigkeit stellte. Denn damit ist Maßstab für die Erfordernisse des Gemeinwohls nicht mehr die Verfassung (Art. 2 I GG) allein, sondern das GWB als nähere Umschreibung des wirtschaftlichen Freiheitsraumes.

Hier liegt die Quelle des entscheidenden Fehlers. SARNIGHAUSEN hat unbewußt die zunächst auch von ihm erkannten Gemeinwohlforderungen, die sich von Verfassung wegen unmittelbar an den einzelnen richten (Erfordernis der Selbstbeschränkung) mit denjenigen Gemeinwohlforderungen verschmolzen, die sich unmittelbar nur gegen den Staat richten und von ihm erst in Forderungen an den einzelnen umgeprägt werden müssen. Wenn er den Gemeinwohlbegriff später wieder als Beurteilungsmaßstab für das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen aufgreift, verwendet er ihn in seiner letzten, umfassenden Bedeutung, die auch die "Gefährdung der Gesamtwirtschaft" und "übermäßige Wettbewerbsbeschränkungen" einschließt. Er verwendet so einen Mißbrauchsbegriff, den er aus dem GWB gewonnen hat, um die verfassungsimmanenten Schranken des Freiheitsrechtes zu verdeutlichen, das heißt die Schranken, die dem Recht ursprünglich, von Verfassung wegen und nicht erst auf Grund des GWB, innewohnen.

Damit widerspricht er seinem eigenen Ausgangspunkt, wonach "es für den Mißbrauch marktbeherrschender Unternehmen ausschließlich darauf ankommt, ob sie dem Sinn und Zweck des Grundrechts der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gerecht werden oder nicht" 144) - und ist so unversehens dem von KLEIN erwähnten berüchtigten Zirkelschluß 145) zum Opfer gefallen, den er gerade hatte vermeiden wollen.

142) Mißbrauch, S. 120.

143) Mißbrauch, S. 55/56 und oben C. II. 6. b (S. 154).

144) Mißbrauch, S. 103.

145) oben C. II. 6. b (S. 153).

Dieses Ergebnis erklärt sich daraus, daß SARNIGHAUSEN auf Grund seiner unrichtigen Wortauslegung des § 22 a. F. und mangelnden Unterscheidung zwischen Einzel- und tatsächlichem Kollektivmonopol zu der Überzeugung kommt, beide seien verfassungsrechtlich zulässig¹⁴⁶⁾. Von da aus ist es nur ein Schritt, § 22 als die Wiederholung der angeblichen verfassungsmäßigen Freistellung vom Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen zu behandeln und auf ihn denselben Mißbrauchs begriff anzuwenden wie auf die echten Freistellungen des GWB.

Methodisch richtig wäre allein gewesen, zunächst in Art. 2 I GG die immanenten Schranken des Freiheitsrechtes für marktbeherrschende Unternehmen zu suchen. Dabei wäre vor allem zu begründen gewesen, weshalb das Freiheitsrecht nicht schon durch die gleiche Freiheit der anderen, sondern erst dort begrenzt wird, wo "die Gemeinschaft unerträgliche Nachteile erleidet"¹⁴⁷⁾. Erst der auf diesem Wege gefundene Mißbrauchs begriff hätte mit dem für Verbotsausnahmen entwickelten verglichen und gegebenenfalls gleichgesetzt werden können.

SARNIGHAUSEN selbst scheint seinem Ergebnis etwas zu mißtrauen, da er seine Definition für den Mißbrauch marktbeherrschender Unternehmen weiter faßt als er sie nach dem Ergebnis seiner Untersuchung hätte fassen können. Obwohl er als Sinn der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit die freie Entfaltung bis zur Grenze, jenseits derer die "Gemeinschaft dadurch unerträgliche Nachteile erleidet" ansieht, beläßt er es für die Definition bei dem allgemeinen Hinweis auf den "Sinn der Unternehmensfreiheit"¹⁴⁸⁾ und fügt nur hinzu, daß die Sozialbindung der Unternehmen nach Art. 2 I GG besonders schwer zu ermitteln sei¹⁴⁹⁾.

Es bleibt festzuhalten, daß die immanenten Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nicht aus dem GWB heraus zu bestimmen sind, sondern allein aus Art. 2 I GG.

146) Mißbrauch, S. 63 u. 103 und oben C. II. 4. a (S. 142).

147) so SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 102.

148) vgl. oben S. 157.

149) Mißbrauch, S. 103.

7. Die verfassungsrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit

a) Mißbrauch = abgestimmter Wettbewerbsverzicht

Die ursprünglichen Schranken der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen im verbotsfreien Raum werden somit allein durch die aus der Verfassung herzuleitende Sinn- und Zweckwidrigkeit ihres Gebrauches bestimmt.

Hier kann nun auf das Ergebnis der früher angestellten verfassungsrechtlichen Überlegungen zum Zusammenspiel der wirtschaftlichen Freiheiten zurückgegriffen werden ¹⁵⁰).

Dort war es gelungen, die der verfassungsmäßigen Freiheitsrechtsverbürgung immanente Schranke für die Betätigung auf dem Markt dahin zu konkretisieren, daß sich der private einzelne all dessen zu enthalten habe, was das prinzipiell freie Walten der Verkehrskräfte und die freie Selbstbestimmung aller Marktbeteiligten, vor allem also auch der Kunden als potentieller Vertragspartner der Unternehmen, beeinträchtigt ¹⁵¹). Das bedeutet;

Der private einzelne darf die sich ihm durch die besonderen (oligopolistischen) Marktverhältnisse gleichsam aufdrängende Gelegenheit, durch oligopolistische Abstimmung des Verhaltens den Wettbewerb im Sinne der gegebenen Definition ¹⁵²) auszuschalten, nicht ergreifen. Mit anderen Worten:

Ein Unternehmen nutzt seine (oligopolistische) Marktstellung auf diesem Markt mißbräuchlich aus im Sinne des § 22 III, wenn sein Marktangebot nicht Ausdruck eines sich vollziehenden Wettbewerbs im Sinne der gegebenen Definition ¹⁵²) ist.

Dieser Mißbrauchsbegriff ist ebenso objektiv bestimmt wie der Rechtsmißbrauch ¹⁵³), obwohl ihm im Tatsächlichen abgestimmte Verhaltensweisen zugrundeliegen ¹⁵⁴). Auf diesen oligopolistischen Abstimmungsprozeß brauchte das Gesetz deswegen nicht besonders abzustellen, weil er dem oligopolistischen Gleichgewicht und seinen Verlagerungen eigentümlich ist. Nicht die Art der Vermeidung des Wettbewerbs, sondern allein die Tatsache seiner Vermeidung interessiert das Gesetz. Fehlt wesentlicher Wettbewerb, so steht damit fest, daß die Unternehmen ihrer verfassungsrechtlichen Sozialpflicht ausgewichen sind.

150) oben B. III (S. 70 ff.).

151) oben B. III. 5. Nr. 1 u. 2 (S. 106/7).

152) oben A. II. 4. (S. 43).

153) oben C. II. 5. d (S. 151).

154) oben B. IV. 3. f (S. 116) F. 246.

b) Die sogenannte Branchengefährdung: kein Mißbrauch

Neben dem oligopolistisch abgestimmten Wettbewerbsverzicht gibt es noch andere Fälle tatsächlich fehlenden Wettbewerbs. Der Wettbewerb zwischen Unternehmen ist auch dann beseitigt, wenn es zu einem Kampf aller gegen alle kommt, wenn der Wettbewerb im Sinne der gegebenen Definition - der durch den Wettstreit möglichst günstiger Angebote gekennzeichnet ist - seine Spielregeln durchbricht und abgeleitet in ein Ringen, über dessen Ausgang nicht mehr vorwiegend die Leistung für den Kunden, sondern die eigene Finanzkraft entscheidet. Auch dies ist eine Möglichkeit, die für eine oligopolistische Marktverfassung typisch ist.

Dennoch erfüllen solche Vorgänge nicht die Voraussetzungen des Oligopolmißbrauchs. Es fehlt an dem Merkmal der "Ausnutzung" der oligopolistischen Marktverhältnisse, welches erfordert, daß sich die Unternehmen die Möglichkeiten, die sich aus ihrer relativ kleinen Zahl und den für alle Mitbewerber in etwa gleichartigen Produktions- und Marktbedingungen ergeben, zunutze machen. Vielmehr entgleitet das Geschehen der Kontrolle der Unternehmen, und auch derjenige, der den Preiskampf begonnen hat, kann nur hoffen, daß er ihn auf Grund seiner größeren Finanzkraft überlebt ¹⁵⁵⁾.

Ein besonderes Problem, das aber ebenfalls außerhalb der Regelung des § 22 II mit III liegt, ist am besten an Hand der amerikanischen Automobilindustrie zu verdeutlichen. Diese Industrie gilt allgemein als Beispiel eines Oligopolmarktes. Aus dem Wechsel der Marktanteile der drei führenden Unternehmen General Motors, Ford und Chrysler wird auf kraftvolle Konkurrenz zwischen diesen Unternehmen geschlossen ¹⁵⁶⁾. Eine Preisunterbietung seitens General Motors, als dem weitaus größten Unternehmen, könnte durchaus durch die größere Leistungsfähigkeit und bessere Kostenlage dieses Unternehmens gerechtfertigt sein und im Einklang mit der gegebenen Wettbewerbsdefinition stehen. Gleichwohl herrscht in den USA die Überzeugung, daß dieses Unternehmen "freiwillig" von Preisunterbietungen Abstand nehmen müsse, da es sonst unweigerlich einige seiner Mitbewerber aus dem Markt drängen würde ¹⁵⁷⁾.

§ 22 II mit III käme bei einer Preisunterbietung in einem solchen Fall nicht zur Anwendung, weil es an der Voraussetzung des Fehlens eines wesentlichen Wettbewerbs mangelte. Ebenso müßte § 22 I mit III scheitern, weil das Unternehmen einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Denn der Begriff des Wettbewerbs

155) Zur Beurteilung des branchengefährdenden Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Unlauterkeit nach UWG, vgl. FIKENTSCHER, Preisunterbietung, S. 50.

156) vgl. PHILIPPS, Kartelle und Verbände, S. 20/21.

157) vgl. SCHWARTZ, Kartelle und Monopole, S. 439.

läßt an sich ohne weiteres zu, daß weniger leistungsfähige Unternehmen zum Aufgeben gezwungen werden. Hier käme allein FIKENTSCHERS Begriff des "branchengefährdenden Verhaltens" zum Zuge und eine Verfolgung nach dem UWG 158).

Ähnlich liegt es in dem von BURNS berichteten Beispiel der Philadelphia electric equipment manufacturers. Obwohl es gerade als wesentlich für eine wirksame Konkurrenz betrachtet wird, daß Mitbewerber versuchen, dem überlegenen Angebot eines von ihnen zu begegnen oder ähnliches zu bieten, wurde einem von ihnen ein "consent decree" zur Unterschrift vorgelegt wegen "unreasonably low prices", welches in letzter Konsequenz dazu führen mußte, daß dieses leistungsfähigste der Unternehmen seinen Preis nur bis zum Preis seines am unwirtschaftlichsten produzierenden Konkurrenten senken durfte 159).

Der Gesichtspunkt der Branchengefährdung als Maßstab eines unlauteren Wettbewerbs allein kann hier vor der Verwirrung bewahren, die nach BURNS durch diese Entscheidung nach Antitrustrecht in der amerikanischen Wirtschaft entstanden ist. Nur das Verhalten des Einzel- oder Kollektivmonopols als solches gegenüber Außenseitern steht in derartigen Fällen nach GWB zur Bewertung.

Erst recht gelten diese Überlegungen in dem Fall, daß ein weniger leistungsfähiges Unternehmen durch seine größere Kapitalkraft die Branche gefährdet.

Der Mißbrauchsbegriff des § 22 III verweist somit nicht uneingeschränkt auf die Wertentscheidungen der Verfassung, sondern konsequenterweise nur insoweit, als die Zielsetzung des Gesetzes reicht. Es bleibt also dabei, daß auf dem Oligopolmarkt nur die Beseitigung des Wettbewerbs durch oligopolistische Abstimmung des Verhaltens Mißbrauch im Sinne dieser Bestimmung ist.

c) Abweichend: der Mißbrauchsbegriff der "Ordnungstheorie"

Damit ist bereits ein sehr wichtiges Ergebnis gewonnen. Mit der Feststellung, daß das Gesetz auch innerhalb des Mißbrauchsbegriffes nicht von vornherein auf den Wettbewerb unter den Oligopolunternehmen verzichtet 160), muß auch denjenigen Autoren die Gefolgschaft versagt werden, die in § 22 II mit III den Oligopolunternehmen die Möglichkeit eröffnet sehen, grundsätzlich auch mit

158) Preisunterbietung, S. 50 f.

159) BURNS, Bulletin, S. 708.

160) über den von vielen Autoren schon aus den vorhergehenden Teilen der Regelung in § 22 herausgelesenen Verzicht des Gesetzes auf Wettbewerb, vgl. oben C. II. 4. a (S. 140 ff.).

den Mitteln des Wettbewerbsverzichts sozialgestaltend tätig zu werden ¹⁶¹⁾.

Eine andere Frage, die aber noch zurückgestellt werden muß, ist, ob nicht die Behörde über § 22 IV einen an sich mißbilligten Wettbewerbsverzicht hinnehmen kann, weil er im Einzelfall im Interesse des Gemeinwohls liegt. Damit fände tatsächlich mit staatlicher Billigung eine sehr weitgehende Gestaltung der sozialen Wirklichkeit unmittelbar durch Private statt, ohne daß an der Mißbräuchlichkeit dieses Marktverhaltens gezweifelt zu werden brauchte. Der Gedanke ist deswegen nicht erschreckend, weil nach allgemeiner Meinung im Geltungsbereich des Gesetzes mit der Feststellung des Machtmißbrauchs im hier vertretenen Sinne kein sittlicher Vorwurf verbunden ist. Die Bezeichnung eines Verhaltens als mißbräuchlich in solchen Fällen bedeutet nur, daß es außerhalb der vom Staat zur Verfügung gestellten Rechtseinrichtungen (z. B. §§ 4 oder 8) stattfindet.

Auch auf diesem Wege des Nichteingreifens wäre die Forderung BARTHOLOMEYCZIKS verwirklicht, dort von staatlichen Eingriffen abzusehen, wo die Beschränkung der Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit im Einzelfall von einem geweckten sozialen Gewissen der Unternehmer getragen wird ¹⁶²⁾. Im übrigen läßt der Mißbrauchsbegriff BARTHOLOMEYCZIKS ohne weiteres auch eine Deutung in dem hier versuchten Sinne zu. Danach mißbraucht jemand seine Markstellung im Sinne der Absätze 1 und 2, wenn er bei der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen nicht die Rücksicht auf die übrigen Marktteilnehmer nimmt, die von ihm als Teilnehmer an einer sozialen Marktwirtschaft erwartet werden kann ¹⁶³⁾. Entscheidend ist eben nur, welche Rücksichten der einzelne zu üben hat, ob er von Verfassungen wegen nur die gleichen Freiheiten der anderen zu achten oder darüber hinaus auch gesamtwirtschaftliche und sonstige Forderungen des gemeinen Wohles zu berücksichtigen hat.

An diesem Beispiel zeigt sich, wie gewagt es ist, eine bewußt undoktrinäre Auffassung in eine Theorie einzuordnen, die sich voraussichtlich darauf festlegen wird, die Wahrnehmung an sich staatlicher Kompetenzen durch Private ¹⁶⁴⁾ nicht nur in einzelnen Fällen hinzunehmen, sondern den Privaten sogar insoweit

161) vgl. vor allem die von LANGEN angekündigte Ordnungstheorie, auf die aber von den von ihm genannten Autoren BARTHOLOMEYCZIK, MÜLLER-GRIES, RASCH, SCHÜTZ und DÖRINKEL allenfalls die beiden letzten festgelegt sind; vgl. oben C. II. 4. b (S. 144 f.).

162) GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 14 vor §§ 22-24 und oben Einleitung S. 3.

163) GEM. KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 83 a. E. und oben C. II. 4. b (S. 144).

164) vgl. oben B. III. 4. f (S. 95 ff.).

Rechte zuzubilligen ¹⁶⁵⁾.

d) Mißbrauch und Durchsetzbarkeit des Wettbewerbs

aa) Wettbewerbsgebot sinnlos bei Übermacht des Furchtmotivs

Die Frage liegt nahe, ob von den Oligopolunternehmen im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse, die sich aus ihrer Reaktionsverbundenheit ergeben, Wettbewerb im Sinne der hier gefundenen Definition ¹⁶⁶⁾ überhaupt verlangt werden kann.

Der Gesetzgeber selbst hat mehrfach die, scheinbar eingeschränkte, Forderung ausgesprochen, auf Oligopolmärkten den Wettbewerb "so weit wie möglich" durchzusetzen ¹⁶⁷⁾. Diese Forderung hängt aber eng mit der Erwägung des Gesetzgebers zusammen, daß der durchzusetzende Wettbewerb "etwa" dem als "workable" bezeichneten Wettbewerb entsprechen dürfte ¹⁶⁸⁾. Um Verwechslungen mit dem völlig andersartigen schweizerischen Konzept des "möglichen Wettbewerbs" zu vermeiden ¹⁶⁹⁾, sollte er lieber durchsetzbarer Wettbewerb genannt werden.

Auch die Verfassung, aus der ja das grundsätzliche Gebot zum Wettbewerb genommen wurde, kann dem einzelnen nicht etwas zur freiwilligen Befolgung gebieten, was über seine Kräfte geht. Verhaltensweisen sind nur insoweit erzwingbar, als der Einsicht die Tat folgen kann. Das beste soziale Ethos nützt nichts, wenn übermächtige andere Kräfte eine entsprechende Motivierung als Voraussetzung wettbewerblicher Betätigung verhindern. Von Mißbrauch könnte in diesem Fall nicht gesprochen werden. Eine derartige übermächtige Kraft könnte die Furcht vor "ruinöser Konkurrenz" sein.

165) vgl. LANGEN, Marktbeherrschung, S. 17 und oben C. II. 4. b (S. 145 Mitte).

166) oben A. II. 4 (S. 43).

167) oben B. IV. 3. (S. 114).

168) oben B. I. 1. (S. 64); zur "workable competition" vgl. oben A. II. 5. (S. 46 ff.).

169) vgl. dazu die Kritik von BARNIKEL, WuW 58, 604 ff.; diese Konzeption verzichtet von vornherein auf jeden Preiswettbewerb im allgemein verstandenen Sinne; auch Qualitätswettbewerb braucht nicht wirklich betätigt zu werden, sondern es genügt auch insoweit ein nur potentieller Wettbewerb.

bb) Die "Ruinöse Konkurrenz"

Wie erinnerlich, unterscheidet der Gesetzgeber gleichförmiges Verhalten auf Grund willensmäßiger Verständigung mit und ohne rechtsgeschäftlichen Bindungscharakter einerseits und andererseits ein gleichförmiges Verhalten, das sich "gleichsam von selbst" ergebe, weil jeder Furcht vor den schweren Verlusten eines Konkurrenzkampfes habe ¹⁷⁰⁾. Gemeint ist damit, daß Oligopolunternehmen durch die Furcht vor den ruinösen Folgen vor allem eines Preiskampfes dazu gedrängt werden, auf diesen von vornherein zu verzichten.

REYNOLDS hat die ruinöse oder halsabschneiderische Konkurrenz wie folgt umschrieben:

"Von halbabschneiderischer Konkurrenz kann man sprechen, wenn in einer Industrie die durchschnittliche Verzinsung des investierten Kapitals für einige Zeit unterhalb des Satzes bleibt, der diese Industrie für die Geldgeber ebenso interessant macht wie andere Industrien" ... Oder kurz: "Competition is cutthroat when an industry experiences subnormal earnings over a considerable period". ¹⁷¹⁾

REYNOLDS fügt allerdings hinzu, daß die praktische Brauchbarkeit dieser Definition beschränkt sei. Nur in ganz offensichtlichen Fällen könne man sicher sein, daß ein bestehender Wettbewerb halsabschneiderisch sei ¹⁷²⁾. Trotzdem sind diese Umschreibungen nützlich, um klarzumachen, daß nicht jedes Abbröckeln der Preise, nicht jeder starke Preiseinbruch und auch noch nicht ein kurzfristiges Unterbieten zu Verlustpreisen als ruinös bezeichnet werden kann. Die Grenze dürfte erreicht sein bei einem Zustand etwa, den FIKENTSCHER als "branchen-gefährdend" bezeichnet ¹⁷³⁾.

Die Furcht vor ruinöser Konkurrenz bestimmt nach Auffassung des Gesetzgebers die Oligopolisten zum Verzicht auf Preiswettbewerb ¹⁷⁴⁾. Dieser Ausgangspunkt des Gesetzgebers entspricht dem von ROTHSCCHILD als "motive force behind price decisions" gleichberechtigt neben das Gewinnmaximierungsmotiv gestellten Wunsch der Unternehmen nach sicheren Gewinnen ¹⁷⁵⁾. Nach ROTHSCCHILD sind die im einzelnen von der Wissenschaft erst noch aufzuspürenden "principles of oligopolistic war" der Schlüssel für die Einsicht in die motivierenden Kräfte,

170) oben B.I. 1. (S. 63).

171) REYNOLDS, AER, 1940, S. 737 und S. 736.

172) REYNOLDS, AER, 1940, S. 737 F. 3.

173) Preisunterbietung, S. 50/51; und oben C.II. 7. b (S. 160 f.).

174) oben B.I. 1. (S. 64) und B.I. 2. (S. 65).

175) ROTHSCCHILD in Readings, S. 450, 452.

die der oligopolistischen Preispolitik zugrundeliegen¹⁷⁶⁾. Diese Aufgabe ist bis heute noch nicht gelöst¹⁷⁷⁾. Auch ROTHSCCHILD beschränkt sich bewußt auf einige grundsätzliche Aspekte, die kurz zusammengefaßt werden sollen.

Es sind nach ROTHSCCHILD zwei Gründe denkbar, aus denen die "friedliche" oligopolistische Preispolitik enden kann:

1. Veränderungen in den Marktbedingungen, wie Kosten, Nachfrage usw., die alle Unternehmen gleichermaßen betreffen, und die solch entscheidendes Gewicht haben, daß selbst nachdem alle sonstigen Mittel wie Rabatte, Lieferzeiten usw. ausgeschöpft worden sind, ein Festhalten an der bisherigen Preispolitik offensichtlich nicht länger in Frage kommt; und
2. Das Bestreben der Unternehmen, ihre Lage auf Kosten ihrer Rivalen zu verbessern, um auf diese Weise die Gefahr eines gegnerischen Angriffs herabzumindestern und ihre künftigen Gewinnaussichten zu vergrößern.¹⁷⁸⁾

In beiden Fällen kann es nach ROTHSCCHILD zu einem Preiskrieg zwischen den Rivalen kommen; im einen Fall ungewollt, einfach unter dem Einfluß der genannten äußeren Faktoren, wenn es nicht gelungen ist, sich gemeinsam der neuen Lage anzupassen¹⁷⁹⁾, im anderen Fall als Ergebnis eines wohl vorbereiteten strategischen Planes¹⁸⁰⁾, immer aber unter der Voraussetzung, daß sich der Angreifer stark genug fühle¹⁸¹⁾. Auf dies Erfordernis kommt es also entscheidend an.

Es wird indes in aller Regel fehlen. ROTHSCCHILD selbst meint, die Kosten des Kampfes, die Ungewißheit über den Ausgang und schädliche Folgen in anderer Hinsicht (etwa durch Alarmierung der öffentlichen Meinung) "will make the actual outbreak of hostilities the exception rather than the rule"¹⁸²⁾.

Eine theoretische Begründung hierfür findet sich bei KRELLE. Er unterscheidet den "Kampf ums Überleben", wo der Markt für die vorhandenen Unternehmen zu eng ist und die "ruinöse Konkurrenz", durch die ein Konkurrent aus anderen Gründen ausgeschaltet werden soll¹⁸³⁾. In beiden Fällen hängt das Ergebnis

176) ROTHSCCHILD in Readings, S. 450.

177) vgl. SCHNEIDER, Einführung, S. 349: "Der Problemkreis (der principles of oligopolistic war) ist auch heute noch zu wenig erforscht ..."

178) ROTHSCCHILD, Readings, S. 457 f.

179) ROTHSCCHILD in Readings, S. 457/58.

180) aaO. S. 458.

181) aaO. S. 457 unten.

182) aaO., S. 458; ebenso REISSER, Preiswettbewerb, S. 92: "... Verdrängungskämpfe im allgemeinen vermieden".

183) KRELLE, Preistheorie, S. 308.

des Kampfes ab von den finanziellen Mitteln, die jeder zur Verfügung hat und bei einigermaßen gleichen Mitteln von der Kosten- und Nachfragestruktur des einzelnen Unternehmens¹⁸⁴⁾. Bei annähernder Gleichheit der Bedingungen ist die Position des Angreifers in beiden Fällen aussichtslos¹⁸⁵⁾.

Nach REISSER haben Beispiele aus der Vergangenheit gezeigt, daß auch der Gewinner nach Verdrängung des oder der Rivalen oft finanziell so erschöpft ist, daß eine Fortführung des Unternehmens unmöglich ist¹⁸⁶⁾.

Obwohl also "aktuelle Preiskämpfe - heftige Änderungen in der Preispolitik - nur selten vorzukommen pflegen", meint ROTHSCILD, daß die Möglichkeit dazu das Verhalten auf Oligopolmärkten beherrsche¹⁸⁷⁾, daß "the background to Oligopoly ... is ... a struggle". Diese Ansicht setzt sich bis heute in der Literatur fort¹⁸⁸⁾.

So kennt z.B. REISSER nur die Alternativen "Vernichtungskämpfe (cutthroat competition)" und "in friedlichem Nebeneinander zu leben"¹⁸⁹⁾. Diese Auffassung gründet sich auf die reine Theorie: "Jeder Oligopolist ist sich bewußt, daß jede (!) seiner Wettbewerbsmaßnahmen sofort (!) von den Gegnern bemerkt (!) und auf ihre Wirkung hin untersucht und gegebenenfalls durch Gegenaktionen neutralisiert (!) werden kann: "¹⁹⁰⁾ und wird unbedenklich auf die Wirklichkeit und sogar auf Märkte ausgesprochen heterogener oligopolistischer Konkurrenz übertragen¹⁹¹⁾.

cc) Unwirklichkeit des Furchtmotivs

Das Oligopol in seiner reinsten Form kommt praktisch nicht vor. Vielmehr sind die Konkurrenzbeziehungen mehr oder weniger unübersichtlich. Auf dieser Tatsache fußt die Konzeption der "workable competition"¹⁹²⁾. Sie setzt voraus, daß nicht jede Maßnahme eines Konkurrenten bemerkt oder jedenfalls sofort be-

184) vgl. KRELLE, S. 310, 316.

185) aaO. S. 313/14 u. 316; ebenso ROTHSCILD, aaO. S. 459: "To survive such a period demands a powerful position with plentiful resources".

186) Preiswettbewerb, S. 91 unten, mit Nachweisen aus der Literatur.

187) ROTHSCILD in Readings, S. 457.

188) vgl. z.B. SCHNEIDER, Einführung, S. 349; REISSER, Preiswettbewerb, S. 106; LAMPERT, Jb.f. Nat. Ök. u. Stat., 1960, S. 221.

189) REISSER, Preiswettbewerb, S. 92.

190) REISSER, Preiswettbewerb, S. 89.

191) REISSER, Preiswettbewerb, S. 92.

192) oben A.II.5. b (S. 49 ff.).

merkt wird, daß sie nicht ohne weiteres als feindseliger Akt qualifiziert oder aber aus besonderen Gründen hingenommen wird. Inwieweit die Furcht vor ruinöser Konkurrenz die Unternehmen beherrscht, läßt sich daher nicht aus der Theorie ableiten.

Es kommt für die Entschließung der Unternehmen nicht darauf an, welche theoretischen Gefahren ihnen drohen, sondern ob sie alle von der Verwirklichung dieser Gefahren überzeugt sind. Die entscheidende Frage ist also, ob es gemeinsame Überzeugung von Oligopolisten ist, daß ihre Reaktionsverbundenheit als einzige Form des Preiswettbewerbs - und allgemeiner: des Wettbewerbs mit den Marktangeboten - die selbstmörderische Konkurrenz zuläßt. Wäre das so, dann wäre der Entschluß zu gemeinsamem Wettbewerbsverzicht der alternative Willensakt, und es könnte in der Tat von einer Zwangsläufigkeit gruppenkonformen Verhaltens gesprochen werden 193).

Die Antwort ist weitgehend schon in dem beobachteten Verhalten der Unternehmen zu finden. Die von CLARK geschilderten kompetitiven Verhaltensweisen auf oligopolistischen Märkten setzen voraus, daß die Gefahr ruinöser Konkurrenz von den Oligopolisten nicht als derart konkrete Möglichkeit angesehen wird, wie es der Theorie entsprechen würde 194).

Stellt ein Konkurrent eine Unterbietung fest, dann wird er diese eben nicht als Kriegserklärung auffassen und als solche beantworten, sondern zu Recht annehmen, daß der andere sich Unübersichtlichkeiten in den Marktverhältnissen zunutze machen will. Und er wird seinerseits - falls er dies nicht ebenfalls ohnehin schon tut - "im Trüben zu fischen" suchen. Auf diese Weise kommt dann der oben in enger Anlehnung an CLARK dargestellte Prozeß des "nibbling", des Abbröckelns der Preise, zustande, der als solcher nichts "Ruinöses" an sich hat, wenn man als ruinös nicht die jedem Wettbewerbsprozeß innewohnende Tatsache betrachtet, daß von einem gewissen Preisstand an die Grenzbetriebe dazu verurteilt sind, aus dem Markt auszuschcheiden. 195)

Bereits nach CLARKS Feststellungen gilt das für alle Märkte, insbesondere auch für solche, die dem homogenen Oligopol angenähert sind. Auf Märkten homogener Massengüter etwa beruht die Unübersichtlichkeit der Konkurrenzbeziehun-

193) so wohl GABRIEL, WuW 61, 807, wenn er in diesem Zusammenhang meint, "daß jeder Anbieter im Oligopol, der sein Verhalten nicht irgendwie auf das Verhalten der übrigen abstimmt, seine Existenz aufs Spiel setzt"; das BKartA spricht vom "Zwang zur Solidarität" auf Oligopolmärkten mit weitgehend homogenen Gütern, vgl. WuW/E BKartA 287 Mitte ("Fenster-glas").

194) oben A. II. 5. b (S. 49 ff.), besonders 1. Fall S. 50 ff.

195) oben A. II. 5. b (S. 49 ff.).

gen auf anderen Umständen als auf der Verschiedenheit der Güter. 196)

So hat das KAMMERGERICHT in jüngerer Zeit auf dem deutschen Kraftfahrzeugreifen-Markt einen "Preiswettbewerb zwischen den zehn deutschen Herstellerfirmen" festgestellt 197), auf einem derjenigen Märkte also, "auf denen von wenigen Herstellern homogene Massengüter vertrieben werden" 198). Ein weiteres Beispiel für den Markt eines weitgehend homogenen und genormten Gutes ist der Fensterglas-Markt. Auch er war Gegenstand der Untersuchung, wobei indessen ein Preiswettbewerb oder ein sonstiger Wettbewerb nicht festgestellt werden konnte.

Die Begründung dieser letzten Entscheidung soll als Muster dafür festgehalten werden, wie rasch aus dem Fehlen von Preis- und sonstigem Wettbewerb auf die Zwangsläufigkeit dieses Mangels geschlossen wird. Während das Gericht kurz zuvor in dem Reifenfall einen durchaus nicht ruinösen Preiswettbewerb auf einem oligopolistischen Markt homogener Massengüter festgestellt hatte, nennt es nun als Gründe, die "zwangsläufig (!) dazu geführt haben, einen funktionsfähigen Preis-, Konditionen- und Service-Wettbewerb unmöglich zu machen, insbesondere die oligopolistische Marktform und die weitgehende Homogenität und Normung der Ware, dazu 199) die starke, nur knapp zu befriedigende Nachfrage" 200). Vielleicht ist das KAMMERGERICHT nur die Formulierung des BUNDESKARTELLAMTES gefolgt, das in seiner angefochtenen Entscheidung schon vom "Zwang zur Solidarität" gesprochen hatte 201), zumal es auf diesen Punkt nicht ankam. Anders ist der Widerspruch zur Begründung der Reifenentscheidung nicht zu verstehen. 202)

Im übrigen sind die Fälle wirklich homogener Güter sicherlich noch seltener als man zunächst annehmen mag. Das trifft z. B. auch für Zement zu. So wurde im amerikanischen Zementfall 203) nachgewiesen, daß das Zementinstitut und

196) hierauf weist neuerdings vor allem SCHMIDT hin; WuW 64, 128 Mitte.

197) KG Beschl. v. 20.3.62, WuW/E OLG 467.

198) WuW/E OLG 467 oben.

199) also nur als ergänzender, zusätzlicher, aber nicht wesentlicher Gesichtspunkt.

200) WuW/E OLG 475 Mitte.

201) WuW/E OLG 473 unten.

202) Es spricht alles dafür, daß der wahre Grund für das Fehlen von Wettbewerb die "starke, nur knapp zu befriedigende Nachfrage war;" es fehlte die erforderliche Reservekapazität, um zuwandernde Nachfrage rechtzeitig befriedigen zu können, vgl. WuW/E OLG 475 i. V. m. 473.

203) U. S. Supreme Court decision in Federal Trade Commission versus Cement Institute et.al., 333 U. S., 683-729 (1948).

seine Mitglieder, um den Wettbewerb auszuschalten, alle Hinweise auf Unterschiede in der Qualität, die bei einzelnen Zementsorten verschiedentlich bestanden, unterdrückt hatte 204).

Ein weiteres Argument gegen die Zwangsläufigkeit einer ruinösen Konkurrenz und damit des Verzichtes auf Preiswettbewerb überhaupt, ist die Tatsache, daß kein Unternehmen damit rechnen kann, seine Konkurrenten durch rücksichtsloses Unterbieten aus dem Markt zu drängen, ohne selbst Schaden zu nehmen 205), Kampfpreise versprechen allenfalls Erfolg im Verhältnis der Gruppe zu Außenseitern, den Restwettbewerbern im Teiloligopol, nicht dagegen im Verhältnis der zumeist technisch und kapitalmäßig in etwa gleich ausgestatteten Oligopolisten untereinander. Ein kapitalmäßig wesentlich überlegenes Unternehmen dagegen wird seine Finanzkraft mit größter Wahrscheinlichkeit dafür verwenden, seinen Vorsprung auch auf Kostenlage und Forschung auszuweiten, anstatt sie in einem Vernichtungskampf zu vergeuden. Es müßte nach erfolgreichem Kampf zudem weitere erhebliche Mittel zum Erwerb oder zum Aufbau neuer Kapazitäten aufwenden, um diese nicht an Neukommende zu verlieren. Hierzu wird es von einer bestimmten Größenordnung an nicht ohne weiteres bereit sein. In Zeiten schlechter Wirtschaftslage, die ja zumeist gerade als Anlaß eines Verdrängungskampfes genannt werden, stellt die Investition infolge höherer fester Kosten ein erhöhtes Risiko dar. Auf diesen Gesichtspunkt weist das KAMMERGERICHT in der Fensterglas-Entscheidung hin 206).

Diesen theoretischen Erkenntnissen und praktischen Erfahrungen wird sich heute keines der betroffenen Unternehmen mehr verschließen, umso weniger, als sie inzwischen wohl ausnahmslos unmittelbar oder mittelbar durch die Verbände über wissenschaftlich geschulte Führungskräfte oder Berater verfügen, die einen sehr weitgehenden Schutz vor impulsiven selbstmörderischen Entschlüssen gewährleisten. Auf Grund der gruppenpsychologischen Bedingungen, die auf Oligopolmärkten die Basis des Zusammengehörigkeitsgefühls bilden, wird diese zunächst individuelle Einsicht jedes einzelnen zur als solcher bewußten gemeinsamen Überzeugung aller. Ein Wettbewerb wird daher von vornherein einen gemäßigten Verlauf nehmen, etwa in der Art, wie ihn CLARK schildert, auch wenn es dabei einmal zu kräftigen Wettbewerbshandlungen einzelner kommen sollte.

204) BACKMAN, Price Practices, S. 197: man darf wohl annehmen, daß ohne Hinweise auf Qualitätsunterschiede, diese nur für etwa 30% der Abnehmer erkennbar und daher für ihren Kaufentschluß von Bedeutung sind.

205) oben C. II. 7. d. bb (S. 165 f.).

206) WuW/E OLG 465 unten.

Ein letzter wesentlicher Gesichtspunkt gegen die konkrete Möglichkeit ruinöser Konkurrenz ist, daß die Unternehmerschaft nach Ansicht vieler über eine sie als Elite qualifizierende menschliche Substanz verfügt ²⁰⁷⁾. Ob man ihr deshalb eine Anwartschaft einräumt, sich zu einer echten politischen Führungsschicht hinaufzuentwickeln ²⁰⁸⁾, ist eine Frage politischer Überzeugung. Jedenfalls aber darf von derart qualifizierten Personen ohne weiteres erwartet werden, daß sie genügend soziale Rücksichtnahme aufbringen, um die durch Verdrängungskämpfe unweigerlich auftretenden schweren Verluste nicht nur für sich, sondern auch für die Allgemeinheit zu vermeiden.

Der mögliche Einwand, daß ein ungewollt oder von einem verantwortungslos handelnden Unternehmen absichtlich eingeleiteter Preiskampf außer Kontrolle gerät, ist nicht stichhaltig. Es ist schon nicht einzusehen, weshalb der oligopolistische Abstimmungsprozeß, der schon in sicheren Zeiten auf einem erhöhten Preisniveau ein Gleichgewicht herzustellen pflegt, nicht um so eher stattfinden wird, wenn gar die Existenz der Beteiligten auf dem Spiel steht.

Zudem besteht die Möglichkeit für die Kartellbehörden, beratend und schlichtend auf die Unternehmen einzuwirken. Bei einem heftigen Preiskampf besteht immer der Verdacht, daß eines der Unternehmen die anderen zu einem gleichförmigen Verhalten zwingen will. ROTHSCILD weist auf die Häufigkeit solcher Preiskriege mit dem begrenzten Ziel der Unterwerfung der anderen hin ²⁰⁹⁾. Das eröffnet der Kartellbehörde die Möglichkeit, ein Verfahren wegen Verdachts des Verstoßes gegen § 25 I und II Nr. 3 GWB einzuleiten, die Beteiligten anzuhören und zu einer mündlichen Verhandlung zu laden (§ 53 GWB), in der die Lage auf dem Markt erörtert werden kann. Es ist anzunehmen, daß spätestens bei dieser Gelegenheit die eventuelle Panikstimmung unter den Unternehmen ausgeräumt und der Boden bereitet wird für eine vernünftige wirtschaftliche Planung der Unternehmen. Gegebenenfalls kann auch auf einen Antrag nach § 4 (Krisenkartell) oder § 8 (Ministerkartell) hingewirkt werden.

Ein marktmächtiger Angreifer dagegen, der den allgemeinen Preiskampf bewußt in der Erwartung entfesselt hat, er werde diesen Kampf aller gegen alle am ehesten überstehen, muß von nun an befürchten, daß seine Rolle erkannt ist. Er wird sich überlegen, ob er sich Ansprüchen wegen unlauterer Preisunterbietung

207) vgl. bei MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 1. Aufl., Einführung V, S. 63-65.

208) so MÜLLER-HENNEBERG, aaO. S. 64.

209) Readings, S. 460 unten; auch KRELLE, Preistheorie, S. 308: Zielsetzung der wirtschaftlichen Nötigung.

aussetzen soll ²¹⁰⁾.

Damit scheidet die Furcht vor ruinöser Konkurrenz als einigendes Motiv der Unternehmensgruppe in der modernen Wirtschaftswirklichkeit mit einem sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit aus. ²¹¹⁾

Zugleich tritt der Verdacht hervor, daß die Gefahr eines ruinösen Preiswettbewerbs im Oligopol zum Teil bewußt in den Vordergrund gespielt wird, um die Zwangsläufigkeit gruppennonkonformer Verhaltensweisen, vor allem der wettbewerbspolitisch zumindest für verdächtig geltenden Preis- oder Marktführerschaft, darzutun und mit ihr den Ausschluß des Wettbewerbs zu rechtfertigen ²¹²⁾.

Im gleichen Maße, in dem das genannte Motiv an Glaubhaftigkeit verliert, erweist sich als wirkliches und hervorstechendstes gruppenbildendes Motiv die Furcht vor dem Preiswettbewerb schlechthin und damit das Streben nach gemeinsamer, sicherer Gewinnmaximierung ²¹³⁾. Freilich wird sich hierfür ein letzter schlüssiger Beweis schwerlich führen lassen, da einer Aufklärung der wahren Motive für das abgestimmte Verhalten wiederum das Gruppeninteresse der Beteiligten an einer plausiblen Rechtfertigung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsverzichtes entgegensteht.

Die Unwirklichkeit der Gefahr einer ruinösen Konkurrenz ist aber bereits ein ausreichendes Indiz dagegen, daß sich der im wesentlichen wettbewerbslose Zustand für die Oligopolisten als einzige Alternative zur Selbstvernichtung in einem ru-

210) Nach FIKENTSCHER, Preisunterbietung, S. 51, führt der Umstand der Branchengefährdung i. V. m. den erkennbaren Absichten des Großunternehmens, sich durch Verdrängung der Rivalen eine Monopolstellung zu verschaffen, zur Bejahung der Unlauterkeit der Preisunterbietungen.

211) Das war auch das einzige unangefochtene Ergebnis der Diskussion im Anschluß an den Vortrag von RÖPER am 3. 12. 63, vgl. oben A. II. 4. (S. 45) F. 183.

212) Für die amerikanischen Verhältnisse ist auf HANDLER, zitiert bei BACKMAN, Price Practices, S. 254, zu verweisen: "Ruinous competition, financial disaster, evils of price cutting and the like appear throughout our history as ostensible justifications for price fixing".

213) In diesem Sinne dürfte auch LAMPERT, Jb. f. Nat. Ök. u. Stat., 1960, S. 229, zu verstehen sein, wonach es im Oligopol mit annähernd gleich starken Konkurrenten gemeinsame Überzeugung sei, daß wegen der Ausichtslosigkeit eines Verdrängungskampfes ein Preiskampf letztlich nur dazu führen könne, "daß sich die Oligopolisten ihre Gewinne systematisch reduzieren, und zwar derart, daß die den Oligopolisten ... nach Beendigung des Kampfes verbleibenden Gewinne (!) geringer sind als dann, wenn sie von vornherein auf eine absolute Gewinnmaximierung verzichten".

nösen Preiskampf darstellt. Es ist also praktisch in allen Fällen Wettbewerb im Sinne der Definition "möglich". Der Verzicht auf ihn beruht auf einem frei motivierten Willensakt der Unternehmen. Von einer irgendwie gearteten Zwangsläufigkeit kann nicht die Rede sein.

8. Mißbrauch "bei Abschluß von Verträgen... beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen" - Kopplung - Diskriminierung

Mißbrauch - soweit auf dem Oligopolmarkt stattfindet - ist somit der Wettbewerbsverzicht der Oligopolunternehmen. Als wesentliches Merkmal des wirtschaftlichen Wettbewerbs wurde erkannt, daß auf dem Markt den Kunden "günstigere Geschäftsbedingungen" in Aussicht gestellt werden ²¹⁴). Dabei wurden unter "Geschäftsbedingungen" Preis, Qualität und solche Geschäftsbedingungen im engeren Sinne zusammengefaßt, die normalerweise über den Vorzug des fraglichen Gutes in den Augen eines Kunden entscheiden ²¹⁵).

a) Nach der alten Fassung des § 22 Abs. 3

Der solchermaßen konkretisierte Mißbrauchsbegriff ist nun in seiner Einbettung in den beiden Ziffern des § 22 III a.F. zu untersuchen. Die drei Tatbestände des Preis-, Geschäftsbedingungs- und Kopplungsmissbrauchs wurden allgemein als eine Beschränkung des behördlichen Eingriffsrechtes auf bestimmte Mißbrauchsfälle angesehen ²¹⁶). Es fragt sich, ob und inwieweit dies zutrifft. Sollte sich nämlich ergeben, daß die nähere Umschreibung der Mißbrauchsfälle bei dem gefundenen Inhalt des Mißbrauchsbegriffes überflüssig gewesen wäre, dann würde hierdurch die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung in Frage gestellt. Das Gesetz konnte kein Interesse daran haben, die ohnehin komplizierte Regelung durch die Wiederholung von Überflüssigem noch unübersichtlicher zu machen.

Eine erste Einschränkung der für § 22 II mit III a.F. relevanten Verhaltensweisen durch das Merkmal der "Ausnutzung", die aber den hier gefundenen Mißbrauchsbegriff nicht berührt, wurde bereits behandelt. ²¹⁷)

214) vgl. oben A.II.4 (S. 43).

215) vgl. auch oben C.I.4 (S. 129/30).

216) vgl. etwa FRANKFURTER KOMMENTAR, § 22 Tz. 40.

217) oben C.II.2 (S. 134 ff.).

Daß der Mißbrauch "bei Abschluß von Verträgen" über das betreffende Gut stattfindet, hatte zwar nicht deswegen besonders erwähnt zu werden brauchen, um klarzustellen, daß nur das "Markt"verhalten der Unternehmen zur Bewertung stand. Das ergab sich schon aus der Formulierung, wonach die "Marktstellung" mißbräuchlich ausgenutzt wird. Als Klarstellung unerlässlich waren die Worte aber, um den Mißbrauch vom herkömmlichen Monopolmißbrauch insoweit abzugrenzen, als dieser den Vertragsschluß (oder die Vertragsverweigerung) voraussetzt. § 22 will einen Eingriff dagegen schon vor Vertragsschluß ermöglichen, was kaum anders als durch die gewählte Formel in der nötigen Kürze ausgedrückt werden konnte.

Als Ergänzung hierzu sind die Worte "beim Fordern oder Anbieten von Preisen" zu lesen. Das Gesetz will und wollte jedenfalls auf dem Oligopolmarkt nicht nur bereits vor Vertragsschluß eingreifen, sondern schon, bevor überhaupt ein Vertragsangebot im Sinne des § 145 BGB vorliegt. Es stellt auf die erste faßbare Äußerung der Unternehmen ab, in der ihre Preisgestaltung zum Ausdruck kommt, auf das sogenannte Marktangebot ²¹⁸⁾ also.

Entsprechendes gilt für die Gestaltung der (sonstigen) Geschäftsbedingungen. Nicht nur im Preis, sondern auch in den sonstigen Bedingungen des Geschäftes äußert sich das Marktverhalten der Unternehmen. Preis und sonstige Bedingungen zusammen bilden erst das Marktangebot, dessen einzelne Elemente "Preise" und "Geschäftsbedingungen" auf ihre Mißbräuchlichkeit zu untersuchen sind.

Der Begriff der Geschäftsbedingungen ist im selben Sinne zu verstehen, wie er oben in der Definition des Wettbewerbs verstanden wird. Er umfaßt alle Umstände, die für den Kaufentschluß des Durchschnittskunden von Bedeutung sind ²¹⁹⁾. Hierzu können im Einzelfall nicht nur der materielle Gehalt des Geschäftes, sondern auch solche Bedingungen zählen, die die Rechtsverwirklichung betreffen, z. B. Vereinbarungen über den Gerichtsstand und ähnliches ²²⁰⁾. Nebensächliche Bedingungen scheiden aus. In ihrem Bereich kann es nach keiner denkbaren Auslegung des Gesetzes zu einem Mißbrauch kommen. Nach den Grundsätzen des herkömmlichen Monopolmißbrauchs nicht, weil solche Bedingungen kein ernst zu nehmendes "Interesse" des Durchschnittskunden berühren und nach der hier vertretenen Auslegung nicht, weil sich in ihnen nicht der Wettbewerbsverzicht der Oligopolisten ausdrücken kann. Sinn einer Abstimmung des Marktverhaltens ist es ja gerade, diejenigen Elemente des Marktangebotes gleichzuschalten, die für den Kaufentschluß der Kunden entscheidend sind ²²¹⁾.

218) BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 81.

219) vgl. oben C. II. 8 vor a) (S. 172).

220) BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 100.

221) vgl. auch BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 103, der gleichfalls nur solche Geschäftsbedingungen berücksichtigen will, die Gegenstand eines Wettbewerbs sein könnten, d. h. den Charakter von Marktfaktoren haben.

Worin der Preis- und Geschäftsbedingungsmissbrauch besteht, ob in der Art, in der das Angebot zustandegekommen ist (oligopolistische Abstimmung) oder in dem Angebot als solchem (monopol- oder kollektivmonopolistische Ausbeutung), blieb nach dem Wortlaut des § 22 III Nr. 1 a.F. offen. Die Formulierung des Gesetzes war nach beiden Lesarten gerechtfertigt. Das bestätigt das früher gefundene Ergebnis, nach welchem die Bewertung des Verhaltens von Monopol- und Oligopolunternehmen erst durch den Missbrauchsbegriff selbst erfolgt²²²⁾.

Auch der dritte Tatbestand der missbräuchlichen Kopplung, § 22 III Nr. 2 a.F., zwingt zu keiner anderen Beurteilung. Da unerwünschte Kopplungen nur bei eindeutiger Marktüberlegenheit durch abgestimmtes Verhalten durchgesetzt werden können - bei Wettbewerb wird der Käufer das gekoppelte Angebot beiseiteschieben²²³⁾ - werden sämtliche derartige Kopplungen an sich bereits durch § 22 III Nr. 1 a.F. miterfaßt. Trotzdem bleibt die besondere Regelung sinnvoll, da sie es ermöglicht, ohne Zugriff auf den Hauptvertrag oder, vor Vertragsschluß, auf das Hauptangebot, die gekoppelte Vereinbarung oder das gekoppelte Angebot allein zu erfassen. Das ist wichtig in Fällen, in denen die Behörde aus bestimmten Gründen den Missbrauch in Gestalt des Wettbewerbverzichtes hinnehmen will oder muß.

Was zum Kopplungsverbot gesagt wurde, gilt entsprechend für das Diskriminierungsverbot des § 26 II. Beide Tatbestände erlauben es, nur gegen bestimmte Auswirkungen eines Missbrauchs vorzugehen. Von den Parallelen zur Regelung nach EWG-Recht wird noch zu reden sein.

b) Nach der neuen Fassung des § 22 Abs. 3

"Die Vorschrift ersetzt lediglich die beispielhafte Aufzählung von Missbrauchstatbeständen in § 22 Abs. 3 der geltenden Fassung durch eine Generalklausel, die sämtliche möglichen Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung erfaßt." Mit diesen Worten umreißt der WIRTSCHAFTSAUSSCHUSS²²⁴⁾ in enger Anlehnung an die Bundesregierung in ihrer BEGRÜNDUNG²²⁵⁾ die Zwecksetzung der neuen Fassung dieser Vorschrift.

Die Generalklausel erweitert den Anwendungsbereich der Bestimmung zunächst ausdrücklich über den beherrschten Markt ("für diese ... Waren oder gewerbliche Leistungen") hinaus auf andere Märkte ("für ... andere Waren oder gewerbliche Leistungen"), die von dem oder den Oligopolunternehmen nicht beherrscht

222) oben C.II. 2. e (S. 138 f.).

223) vgl. SCHWARTZ, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 18 Anm. 30.

224) Schriftlicher BERICHT, 5. zu § 22 Abs. 3, a.A.

225) Drs. IV/2564, 4. DBT, II.4., Mitte.

zu werden brauchen. Damit soll verhindert werden, daß sich die Beherrschung eines Marktes durch die Unternehmen auf einem anderen Markt auswirkt²²⁶⁾. Der Gesetzgeber denkt hierbei an den Fall, daß ein Unternehmen den "Monopolgewinn aus einer marktbeherrschenden Stellung" dazu benutzt, um auf einem anderen Markt Wettbewerber - etwa durch gezielte Preisunterbietung - auszuschalten, potentielle Konkurrenten fernzuhalten und so auch auf diesem Markt eine beherrschende Stellung zu erlangen. Bemerkenswert ist, daß der Gesetzgeber den "Gebrauch" des auf dem einen Markt gewonnenen Vorsprungs auf dem anderen Markt einem "Mißbrauch" gleichsetzt.²²⁷⁾ Dieser Gesichtspunkt soll indessen hier nicht weiter verfolgt werden.

Soweit ein Mißbrauch auf nichtbeherrschten Märkten in Frage kommt, handelt es sich nicht um das spezifisch oligopolistische Mißbrauchsproblem. Dieses ist auf den beherrschten Markt begrenzt. Vielmehr gehört der Fragenkreis in den Bereich des Monopolmißbrauchs und ist für das Einzelmonopol nach § 22 Abs. 1 und das Kollektivmonopol aus tatsächlichen Gründen des § 22 Abs. 2 einheitlich zu beantworten. Auf dem "anderen" Markt nutzt nicht nur das auf "seinem" Markt allein stehende Unternehmen, sondern nutzen die hier ein Kollektivmonopol mißbrauchlich²²⁸⁾ unterhaltenden Oligopolisten oder nutzt einer von ihnen in vollkommen gleichartiger Weise die Stellung auf dem beherrschten Markt aus.²²⁹⁾

Die Erweiterung des § 22 Abs. 3 in Bezug auf den beherrschten Markt wurde gewonnen durch Verzicht auf die abschließende Aufzählung der drei Fälle des Preis-, Geschäftsbedingungs- und Kopplungsmißbrauchs. Damit erstreckt sich die Vorschrift vor allem auf diskriminierende Verhaltensweisen als vierte Möglichkeit eines Mißbrauchs, die bis dahin in weniger wirksamer Weise allein in § 26 Abs. 2 des Gesetzes geregelt waren. Bislang war das Diskriminierungsverbot nur über §§ 26 Abs. 2, 38 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 durch Festsetzung einer Geldbuße von Staats wegen durchsetzbar. Im übrigen blieb es den zumeist relativ schwachen Verletzten selbst überlassen, ihre zivilrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz nach §§ 26 Abs. 2, 35 in einem Zivilprozeß zu verfolgen. Das kostenfreie, raschere Amtsverfahren nach § 22 Abs. 4 dagegen kann den Betroffenen und vor allem auch alle anderen von einer Diskriminierung durch mächtige Marktpartner Bedrohten wirksamer schützen.²³⁰⁾

226) BERICHT über Änderungen, Drs. IV/617, V. 3.3. (2.).

227) aaO.: "Ein Unternehmen, das auf einem Markt eine beherrschende Stellung hat, kann die daraus sich ergebenden Vorsprünge auch auf anderen Märkten gebrauchen und damit auch mißbrauchen."

228) oben C. II. 7 u. 8 (S. 159 ff.).

229) über die für den eigenen Markt gebotene Unterscheidung vgl. oben C. II. b u. c (S. 136 ff.).

230) vgl. auch BEGRÜNDUNG, Drs. IV/2564, zu Artikel 1 Nr. 11 Ziff. 1.

Die Einbeziehung diskriminierender Verhaltensweisen in die Mißbrauchsregelung des § 22 Abs. 3 entspricht auch allein dem in dieser Arbeit dargestellten Charakter der Vorschrift als eines wirklich geplanten und nach Formulierung und Systematik auch geschaffenen Instrumentes einer aktiven Wettbewerbspolitik auf monopolistischen und oligopolistischen Märkten.

Der Mißbrauchsbegriff umfaßt jetzt aber außer den diskriminierenden Verhaltensweisen auch die ungerechtfertigte Kopplung, die früher in § 22 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes - für das Oligopolunternehmen - nur als weiterer unerwünschter Erfolg eines anderweitigen Mißbrauchs, nämlich der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktstellung, behandelt war, wenn auch mit denselben Rechtsfolgen eines nach Nr. 1 des § 22 Abs. 3 mißbräuchlichen Marktverhaltens²³¹⁾.

In der Gestaltung von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen sowie in der Tatsache der Behinderung und Verschiedenbehandlung kommt der Mißbrauch oligopolistischer Marktstellung zum Ausdruck. Alle diese Äußerungen indizieren und verwirklichen zugleich die oligopolistische Abstimmung des Marktangebots, die als bereits mißbräuchlich erkannt wurde. Die Angemessenheit der Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen, die Billigung einer Behinderung oder sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung, die Angemessenheit des Marktangebots insgesamt also, beeinflußt diese Wertung nicht.

Freilich sind unangemessene Preise und sonstige Geschäftsbedingungen, eine unbillige Behinderung oder sachlich nicht gerechtfertigte Verschiedenbehandlung, "letztes Alarmzeichen" für das Einschreiten der Behörde. Diese Andeutung im Vorgriff auf den folgenden Abschnitt der Arbeit soll hier genügen.

231) oben C.II.8 (S. 174).

D. DAS EINGRIFFSRECHT DER BEHÖRDE IN § 22 IV - BESTÄTIGUNG DES GEFUNDENEN MISSBRAUCHSBEGRIFFS

Vorbemerkung

Das Ergebnis der Auslegung des § 22 II mit III war, daß mißbräuchlich insbesondere jede Vermeidung eines Wettbewerbs unter den Oligopolunternehmen durch abgestimmtes Verhalten ist. Auf die Angemessenheit oder den ausbeuterischen Inhalt eines Angebotes kommt es für diese Entscheidung nicht an. Gewonnen wurde dieses Ergebnis durch einen Versuch, die Wertentscheidung der Verfassung über das Phänomen des eigenmächtigen privaten Wettbewerbsverzichts durch Oligopolunternehmen zu ermitteln.

Bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Lage ist immer wieder besonderer Nachdruck auf die Unterscheidung der beiden Aufträge der Verfassung gelegt worden, durch welche die Gestaltung der sozialen Wirklichkeit einerseits unmittelbar dem einzelnen Bürger, andererseits den Organen des Staates aufgegeben ist. Es wurde angekündigt, daß sich dieser doppelte Inhalt des Sozialstaatsprinzips in der Regelung des § 22 wiederfinden muß.¹⁾

Das Mittel, durch welches der Gesetzgeber den staatlichen Organen die Erfüllung des an sie gerichteten Verfassungsauftrages ermöglicht hat, ist die Eingriffsermächtigung des § 22 IV. Diese Auffassung von der Bedeutung des Absatzes 4 ist die zwingende Folge des hier vertretenen Mißbrauchsbegriffs. Umgekehrt steht und fällt dieser Mißbrauchsbegriff mit der Haltbarkeit einer solchen Auslegung des Absatzes 4.

Die entscheidende Frage ist also nun, ob die Eingriffsermächtigung der Behörde über die Möglichkeit hinaus, die Einhaltung der dem einzelnen Wettbewerber unmittelbar von Verfassung wegen gezogenen Grenzen zu erzwingen und nur in Bagatellfällen davon abzusehen²⁾, das weitere Mittel an die Hand gibt, zwingenden Erfordernissen des gemeinen Wohls - vielleicht sogar im Wege des non-enforcement - Rechnung zu tragen³⁾.

Eine weitere, praktische Konsequenz aus dem vertretenen Mißbrauchsbegriff ist die offensichtliche Unmöglichkeit, in allen Fällen des Mißbrauchs, die nach Ausscheiden der Bagatellfälle und nach Berücksichtigung etwaiger überragender

1) oben B. III. 4. d (S. 91).

2) so etwa SPENGLER, Betrieb 56, 958 I. Sp.

3) Zur Bedeutung des non-enforcement in dieser Hinsicht im US-Antitrustrecht, vgl. SPENGLER, Betrieb 56, 957 f.

Gemeinwohlerfordernisse übrigbleiben, einzuschreiten. Die Eingriffsermächtigung muß also auch die Möglichkeit zulassen, sich auf wenige gezielte Eingriffe zu beschränken.

I. DIE DER KARTELLBEHÖRDE ZUGEWIESENE AUFGABE

1. Ermessensfreiheit

Nach Absatz 4 "kann" die Kartellbehörde unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 marktbeherrschenden Unternehmen ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären.

Durch das Wort "kann" oder ähnliche Ausdrücke wird im Bereich des Verwaltungsrechts Behörden ein Verwaltungsermessen im Sinne eines (volitiven) Handlungsermessens eingeräumt ⁴⁾. Die der Behörde zur Wahl gestellten Verhaltensweisen - bei § 22 IV: des Einschreitens oder Nichteinschreitens - sind rechtlich gleichwertig, d. h., juristisch gleich "richtig".

Das schließt nicht aus, daß eine von ihnen aus anderen Gründen (z. B. technischen, soziologischen oder allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen) "falsch" ist. Auch im Rahmen der Ermessensbetätigung muß die Behörde irgendwelche Maßstäbe zugrundeliegen, die aber durchweg metajuristischer Natur sind. ⁵⁾

2. § 70 IV als Hinweis auf Maßstäbe der Ermessensausübung

Einen Ansatzpunkt für die Auffindung von Maßstäben der Ermessensausübung gibt § 70 IV, der die Beschwerdeentscheidung über Verfügungen der Kartellbehörde betrifft. Dort heißt es: "Die Verfügung ist auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat. Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichtes entzogen."

4) JESCH, AöR Bd. 82, 204, 205/06.

5) JESCH, AöR Bd. 82, 207 f.

Der letzte Satz bestätigt, was auch wohl überwiegend anerkannt sein dürfte, daß die Kartellbehörde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens wirtschaftspolitische Aufgaben zu erfüllen hat ⁶⁾. Bereits bei den AUSSCHUSSberatungen war geltend gemacht worden, daß die Maßnahmen der Kartellbehörde der dynamischen Wirtschaftsentwicklung angepaßt werden müßten, daß die Aufgabe der Kartellbehörde einen "wirtschaftspolitischen Einschlag" habe ⁷⁾.

Mit dieser Auffassung verträgt sich nicht eine Auslegung des Opportunitätsprinzips in dem engen Sinn, daß es nur dazu diene, Bagatellfälle von einem Eingriff auszunehmen ⁸⁾. Es muß vielmehr die Möglichkeit zu einer echten "wertverwirklichenden Gestaltung" im Sinne FORSTHOFFS ⁹⁾ eröffnet sein.

3. Äußere Grenze: Ermächtigung nur zur "Vernichtung"

Eine Grenze dieser Gestaltungsbefugnis ist schon außerhalb des Ermessensbereichs durch die nähere Umschreibung der Eingriffsbefugnis gezogen: Die Behörde kann nur ein im Sinne des Absatzes 3 "mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären", in welchen sich auf dem Markt das mißbräuchliche Verhalten niedergeschlagen hat.

Sehr treffend ist die Formulierung von BARTHOLOMEYCZIK: Das Verfahren nach § 22 IV könne nur vernichten, um den Marktpreis zur Geltung zu bringen, nicht aber um an die Stelle des Monopolpreises einen behördlich festgesetzten Preistreifen zu lassen ¹⁰⁾. Entsprechend vernichtet der Zugriff etwa auf die Geschäftsbedingungen und die Kopplung, um marktgerechte Geschäftsbedingungen und etwa sach- und deshalb marktgerechte Kopplungsvereinbarungen zu ermöglichen ¹¹⁾.

6) vgl. ZWEIGERT, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 70 Anm. 11; MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 2. Aufl., Einführung VII a. A.; STRICKRODT, Kritische Bestimmung, S. 6.

7) HELLWIG, Bericht I., E II Mitte.

8) so SPENGLER, Betrieb 56, 958 I. Sp.

9) Lehrbuch, § 51 S. 78.

10) GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 110.

11) Eine andere Frage ist, ob die Mißbrauchsverfügung in einem Schadensersatzprozeß über § 35 nicht doch zu einer richterlichen Preisfestsetzung führt, wenn nämlich die Differenz zwischen der Vermögenslage des Kunden, die infolge der Wettbewerbsbeschränkung eingetreten ist und derjenigen, die ohne die Beschränkung bestanden hätte, zu ermitteln ist; vgl. BENISCH, Gemeinschaftskomm., 2. Aufl., § 35 Anm. 3 u. 11 3. Absatz; im übrigen vgl. zu den bürgerlichrechtlichen Folgen einer Mißbrauchsverfügung, BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 10 f. u. 109.

Die Behörde ist damit der schier unlösbaren Aufgabe enthoben, den Unternehmen einen wettbewerbsgerechten Preis vorschreiben zu müssen, der nicht nur im Zeitpunkt der Verfügung noch den Marktbedingungen entsprechen muß, sondern dessen "Richtigkeit" ständig überprüft werden müßte ¹²⁾.

Soweit der wettbewerbsgerechte Preis als Vergleichsgröße benötigt wird, um von der Differenz zu den tatsächlichen Preisen auf fehlenden Wettbewerb zu schließen ¹³⁾, erfordert seine Bestimmung weniger große Genauigkeit als im Falle

Fortsetzung der Fußnote 11) von Seite 179:

Die Bedenken von FUCHS gegen die richterliche Preisfestsetzung als Folge eines Kartellverstoßes nach § 1 - vgl. oben A.III.2 (S. 57) - gelten hier nicht. Wohl soll die Verfügung nach § 22 IV im Oligopolfall den Marktpreis zur Geltung bringen, zugleich soll sie aber die Kunden in ihrem Vermögen schützen, wie der Monopolfall des § 22 beweist.

Alle Schwierigkeiten, den "wettbewerbsgerechten" Preis zu ermitteln, tauchen nun im Zivilrechtsstreit auf und müssen notfalls über § 287 I ZPO gelöst werden. Die rechtsstaatlichen u. wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Festsetzung des Marktpreises werden hier beim konkreten Interessenausgleich innerhalb einer bestehenden privatrechtlichen Beziehung nicht akut. Ohne Mißbrauchsverfügung kommt ein Schadensersatzanspruch - falls man in § 22 III nur das ideelle Interesse am Freiheitsgebrauch geschützt sieht (vgl. auch oben A.III.2 (S. 56 f.) - allenfalls in Betracht, wenn im Einzelfall vertraglich das nichtabgestimmte, wettbewerbliche Vorgehen des Lieferanten vereinbart war; vgl. OLG CELLE (U. v. 15.2.1963), NJW 63, 2127 r. Sp.

Noch weiter zu gehen und mit dem OLG BREMEN (U. v. 14.3.1963), NJW 63, 1455 Leitsätze c u. d, S. 1457 Mitte, ganz allgemein für jedes Unternehmen, ohne Rücksicht auf seine Marktstellung, eine Verpflichtung zur "handelsüblichen, marktgerechten, richtigen" Preisgestaltung anzunehmen, fordert die stärksten Bedenken heraus. Diese Auffassung bedeutet das Ende der Vertragsfreiheit. Steht ein Unternehmen nicht im (Kollektiv-) Monopol, dann ist jeder von ihm erzielbare Preis "handelsüblich", "marktgerecht" und "richtig" im Sinne einer sozialen Marktwirtschaft; denn der einzelne machtlose Anbieter wird durch das Sozialstaatsprinzip nur zur Rücksicht auf die Spielregeln des Wettbewerbs und nicht zur Rücksicht auf den Geldbeutel seines Abnehmers verpflichtet.

- 12) FELLNER, AER, May 1950, S. 59, erwägt diese Lösung, lehnt sie aber als verfassungswidrig ab; gegen staatliche Preiskontrolle in USA auch WEISSMANN, The Quarterly, 60, 459/60 F.8; weniger ablehnend SCHWARTZ, Kartelle und Monopole, S. 448.
- 13) ausführlich BARTHOLOMEYCZIK, GEM.KOMM., 2. Aufl., § 22 Anm. 65-72, 87-97.

einer behördlichen Preisfestsetzung, die möglichst genau den fiktiven Wettbewerbspreis treffen müßte. Denn die Bewertung einer Differenz der zu vergleichenden Preisebenen als Monopolrente (und somit sicheres Indiz für eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs) ist so schwierig, daß dieses Urteil ohnehin nur bei erheblichen, ganz eindeutigen Abweichungen gesprochen werden könnte ¹⁴⁾. Erst im Zusammenhang mit weiteren Indizien, die auf ein abgestimmtes Gruppenverhalten weisen ¹⁵⁾, kommt auch weniger deutlichen Abweichungen ein Aussagewert zu.

4. Freiheitliche und wirtschaftspolitische Zielsetzung des Gesetzes als Maßstab

Innerhalb des so - durch die Befugnis nur zur Vernichtung - abgesteckten Rahmens, innerhalb des Ermessensbereichs selbst also, ist die Gestaltungsbefugnis der Behörde begrenzt durch die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen ¹⁶⁾. Mit anderen Worten, die Behörde ist gehalten, von den ihr gegebenen Möglichkeiten im Sinne des Gesetzes Gebrauch zu machen ¹⁷⁾. Als grundlegende Zielsetzung des Gesetzes wurde die Verwirklichung eines von willkürlichen Beschränkungen durch Absprachen und sonstiger Abstimmung des Verhaltens freien Wettbewerbs erkannt ¹⁸⁾. Darüber wurde die auch wirtschaftspolitische Zielsetzung des Gesetzes - soweit sie nicht bei der Durchführung der freiheitlichen Ziele nebenbei mitverwirklicht wird - bewußt vernachlässigt, da sie in den Ausnahmen vom Kartellverbot offen zu Tage tritt und daher keinem Zweifel begegnen kann. Hier ist nun im Bereich des § 22 der Ort, wo sie sich voll auswirkt.

Bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung wurde gezeigt, daß der verfassungsrechtliche Auftrag zur Sozialgestaltung an den Staat sich nicht darauf beschränkt, die verfassungsimmanenten Freiheitsbereiche der Rechtsgenossen durchzusetzen, sondern daß er im Gegenteil auch die Möglichkeit einschließt, diese Bereiche neu gegeneinander abzugrenzen, wenn und soweit dies aus überragenden Gründen des gemeinen Wohls zwingend erforderlich ist ¹⁹⁾.

14) vgl. zuletzt WuW/E BKartA 507; eingehend BARTHOLOMEYCZIK, aaO., besonders Anm. 90; neuerdings SCHMIDTS Vorschlag des Vergleichsmarktskonzepts, WuW 65, 453 (482 ff.).

15) vgl. hierzu KRUSCHE, Marktverhalten, durchgehend.

16) vgl. auch MÜLLER-HENNEBERG, GEM.KOMM., 2. Aufl., Einführung VII gegen Ende.

17) BVerfGE 9, 147.

18) oben A. III. 3. a. E. (S. 60) und B. IV. 4. a. E. (S. 118/19).

19) oben B. III. 4. d und e (S. 91 ff.).

Diese verfassungsrechtliche Wertentscheidung spiegelt sich in den Ausnahmeregelungen des GWB wider. Sie sind die Mittel, mit denen der Staat seiner sozialen Aufgabe im Bereich der Austauschbeziehungen auf den Märkten nachkommt.

5. Privatinitiative im Dienste des gemeinen Wohles

In welcher Weise sich der Staat des Mittels der Wettbewerbsbeschränkung bedient, ist unerheblich. Er könnte von sich aus tätig werden und an die wirtschaftenden Personen herantreten, um ihnen - abweichend vom Wettbewerbsprinzip - ein bestimmtes Verhalten zu untersagen oder zu gebieten. Der Gesetzgeber des GWB ist den weniger einschneidenden Weg gegangen zu warten, bis diese selben Personen, denen er sonst mit seinen Anordnungen entgegentreten müßte, von sich aus um Duldung gewisser Beschränkungen des Wettbewerbs nachsuchen. Dieser Weg führt mit größter Sicherheit ebenfalls zum gewünschten Ziel, nicht etwa, weil die einzelnen Wirtschaftler die staatlichen Ziele und Erfordernisse übersähen und sich in ihren Dienst stellen wollten, sondern weil es der menschlichen Natur entspricht, seine (wirtschaftlichen) Freiheiten durch Verminderung des Wettbewerbs auf Kosten der Freiheiten der Marktpartner auszuweiten.

Ebenso wie im Bereich der Ausnahmen von den §§ 1 und 15 darf sich der Staat auf die Initiative marktbeherrschender Unternehmen im Sinne des § 22 II verlassen, wie schon die Existenz eines verfassungsrechtlichen Oligopolproblems deutlich macht ²⁰⁾. Auch hier hat der Staat die Aufgabe, die private Initiative in den Dienst seiner sozialen Gestaltungspflicht zu stellen oder zu verwerfen.

6. Durchführung der Aufgaben aber mit den gesetzlichen Instrumenten

Der Staat erfüllt seine Aufgabe nicht schon, indem er im Gemeinwohlinteresse einfach von einem Eingriff nach Absatz 4 absieht.

Die besondere Regelung marktbeherrschender Unternehmen in § 22 II-V hat ihren Grund - wie nachgewiesen - nicht in einer Zielsetzung für diese Märkte, die von der in den §§ 1 ff. zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Zielsetzung abweicht, sondern lediglich darin, daß die Regelung der §§ 1 ff. für oligopolistische Marktverhältnisse sinnlos wäre. Oligopolunternehmen bedürfen keiner rechtsverbindlicher Absprachen über ihr Marktverhalten, da der gesellschaftliche Zwang, die Gruppennormen, mindestens die gleiche Funktion erfüllen ²¹⁾.

20) vgl. auch B. IV. 3. (S. 116).

21) vgl. KRUSCHE, Marktverhalten, durchgehend.

Infolgedessen werden solche Unternehmen von sich aus niemals wegen Duldung einer von ihnen erstrebten Beschränkung des Wettbewerbs an den Staat herantreten. Sie würden sich damit nur unnötig dem zwangsläufig schwerfälligeren, vom Staat zur Verfügung gestellten Apparat unterwerfen, wo sie ihre gruppenegoistischen Ziele mit ihren eigenen Mitteln ungleich wirkungsvoller verfolgen könnten.

Diese Besonderheiten erfordern eine Regelung wie in § 22, durch welche allein es gelingt, eine nicht aus übergeordneten Gemeinwohlinteressen gebotene (wesentliche) Beschränkung des Wettbewerbs zu verwerfen und diese Entscheidung im Eingriffswege zu erzwingen.

Sie erfordern jedoch keine besondere Regelung, soweit es darum geht, die private Initiative in den Dienst der staatlichen Aufgabe zu stellen. Denn hierfür steht wieder der Apparat der Ausnahmen vom Kartellverbot zur Verfügung. Ebenso wie sich ihm die nicht im Oligopol befindlichen Unternehmen anderer Märkte unterwerfen, um den an § 1 anknüpfenden Sanktionen (§ 1 Nichtigkeit, § 35 Schadensersatz²²⁾, §§ 38, 81 Verfolgung als Ordnungswidrigkeit) zu entgehen, werden dies grundsätzlich auch Oligopolisten tun, schon um dem drohenden Eingriff in ihre unternehmerische Gestaltungsfreiheit nach § 22 IV zu entgehen. Wenn diese Unternehmen einmal unter Beobachtung der Kartellbehörde stehen, wird ihr künftiges Verhalten immer besondere Aufmerksamkeit finden und auch leichter durchschaubar sein, so daß die Gefahr von Folgeverfügungen weit größer ist als sie es wegen der schwierigen Tatbestandsermittlung und etwa zu überwindenden Hemmungen für die erste Verfügung möglicherweise war. Insofern birgt das Vertrauen in das Ausbleiben einer (ersten) Verfügung ein großes Risiko für die Unternehmen in sich.

Hinzu kommt die Notwendigkeit, Rücksicht auf die öffentliche Meinung zu nehmen. Sobald sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Überzeugung von der Mißbräuchlichkeit eines unkontrollierten privaten Wettbewerbsverzichtes durchgesetzt haben wird²³⁾, wird es sich kaum ein Unternehmen, vor allem unter den größeren, leisten können, eigenmächtig seinen Freiheitsbereich auf Kosten der Kunden auszuweiten, sofern es ihm nicht gelingt, zugleich die öffentliche Meinung in seinem Sinn zu beeinflussen.

22) bestritten; vgl. BENISCH, GEM. KOMM., 2. Aufl., § 35 Anm. 5.

23) vgl. BEGRÜNDUNG, B II; danach will das GWB insoweit erst neue Rechtsüberzeugung schaffen.

7. Erste Aufgabe der Behörde: Unternehmen in die gesetzliche Ausnahmeregelung abzudrängen

Aufgabe der Kartellbehörde im Rahmen des Absatzes 4 ist es somit in erster Linie, die Unternehmen in die allgemein zur Wahrung von Gemeinwohlerfordernissen durch Beschränkung des Wettbewerbs bestimmte Regelung abzudrängen. Das bedeutet, daß sich die Frage des Einschreitens oder Nichteinschreitens zunächst nur danach bestimmt, ob diesem allgemeinen Ziel durch Einschreiten im konkreten Fall gedient werden kann.

Das trifft ohne weiteres zu, wenn das betroffene Unternehmen in die vorgesehene Regelung ausweichen wird. In diesem Fall wird es zu keiner Verfügung kommen, da der Mißbrauch schon auf Grund der Aufforderung nach Absatz 4 Satz 2 abgestellt werden wird.

Zum anderen ist es aber auch dann der Fall, wenn das Unternehmen sich weigert, sich der gesetzlichen Möglichkeiten einer Beschränkung des Wettbewerbs zu bedienen. Auf den ersten Blick könnte man meinen, es wäre hier doch das Nichteinschreiten das einzig mögliche Mittel, um den von einer Beschränkung des Wettbewerbs abhängigen Gemeinwohlerfordernissen Rechnung zu tragen. Von dem Standpunkt aus, daß sich die Gemeinwohlerfordernisse mit dem privaten Interesse der Unternehmen an einer Beschränkung des Wettbewerbs decken - und hierauf beruht ja der Verzicht des Gesetzes auf das Institut des Zwangskartells selbst in Fällen des § 8 - ist die Behörde berechtigt anzunehmen, daß sich das Unternehmen schließlich doch noch beugt und in die entsprechende Regelung ausweicht, notfalls unter dem Druck eines solchen Schrittes der übrigen Oligopolisten.

8. Zweite Aufgabe der Behörde: Wiederherstellung des Wettbewerbs

Übrig bleiben die Mißbrauchsfälle, in denen dem privaten Interesse der Unternehmen an einer Beschränkung des Wettbewerbs (bis auf einen unwesentlichen Rest) kein öffentliches Interesse entspricht ²⁴⁾.

Hier kommt als Aufgabe der Behörde nicht in Betracht, überwiegende Gemeinwohlerfordernisse gegenüber dem Wettbewerbsprinzip, sondern den den wirtschaftenden Personen von Verfassung wegen zugestandenen gleichen Freiheitsbereich durch Erzwingung des Wettbewerbs durchzusetzen.

24) Die Relation: öffentliches Interesse = privates Interesse, die der Regelung der §§ 1 ff. zugrunde liegt, duldet nicht ohne weiteres auch ihre Umkehrung.

Für die Entschließung der Behörde ergibt sich somit, daß es im Falle eines Mißbrauchs grundsätzlich in jedem Falle pflichtgemäß ist, einzuschreiten, ob nun überwiegende Gemeinwohlerfordernisse die Beschränkung des Wettbewerbs erfordern oder nicht ²⁵⁾.

II. BEGRENZUNG DER AUFGABE NACH DEM UMFANG DER VERWALTUNGSMITTEL

1. Verwaltungsmittel erlauben nicht Verfolgung jedes Mißbrauchs

Es darf unterstellt werden, daß in der Mehrzahl aller Mißbrauchsfälle die Beseitigung des Wettbewerbs nicht überragenden Erfordernissen des gemeinen Wohls entspricht. In allen diesen Fällen läge auch nach der hier abgelehnten Auffassung, wonach den Privaten die Berücksichtigung derartiger Gemeinwohlerfordernisse aufgegeben sei ²⁶⁾, ein Mißbrauch vor, und das Einschreiten der Behörde wäre pflichtgemäß.

Bereits für diese Fälle liegt auf der Hand, daß die Behörde nicht in jedem Fall ein Verfahren mit den außerordentlich schwierigen und zeitraubenden Ermittlungen durchführen kann. Nach dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz von Mittel und Aufgabe muß aus der beschränkten Ausstattung der Behörde auf eine nur begrenzte Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber geschlossen werden. Der Grundsatz, daß das Einschreiten gegen jeden Mißbrauch pflichtgemäß sei, wird hierdurch eingeschränkt.

Gegen eine derartige Regelung bestehen aus rechtsstaatlichen Gründen keine Bedenken. Wenn der Gesetzgeber der Verwaltung die Entscheidungsfreiheit einräumen darf, von einer ihr zur Verfügung gestellten, genügend klar umrissenen Eingriffsmöglichkeit Gebrauch zu machen ²⁷⁾, so muß er der Verwaltung auch einen nach dem mutmaßlichen Umfang der Eingriffe bemessenen Verwaltungsapparat zur Verfügung stellen dürfen, vorausgesetzt, daß diese beschränkte Ausstattung der Verwaltung noch eine Tätigkeit der Behörde gewährleistet, die dem - jede Rechtsanwendung beherrschenden - Gleichheitssatz entspricht. Im

25) Auch KATZKE, NJW 62, 1135 Mitte, bejaht eine Pflicht der Kartellbehörde zum Tätigwerden generell für den Fall, daß eine Störung der Wettbewerbsordnung vorliegt.

26) vgl. oben C. II. 7. c (S. 161 f.).

27) BVerfGE 9, 149.

Bereich des § 22 IV ist aber kaum vorstellbar, daß ein Eingriff auf einem Markt gegenüber dem Nichteingreifen in einem "gleich"liegenden Fall auf einem anderen Markt jemals den Gleichheitssatz verletzen könnte.

2. Maßstab für die Auswahl der Eingriffsfälle: die "Schwere" der privaten Freiheitsbeschränkung

Die sich aus der begrenzten Mittelzuweisung ergebende Einschränkung der Eingriffstätigkeit der Behörde führt nun nicht zu einem wahllosen Herausgreifen der zu untersuchenden Fälle. Es hat vielmehr eine sachgerechte Auswahl zu erfolgen. Auch hier ist also wieder nach dem Maßstab zu suchen, den die Behörde bei ihrer Auswahl zugrunde legen muß.

Nicht kann zum Maßstab genommen werden das Kriterium der Erforderlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung aus Gründen des gemeinen Wohles. Zwar läge nahe zu sagen, daß, wenn schon nicht jeder Mißbrauch verfolgt werden kann, wenigstens die Fälle zu verfolgen seien, in denen eine Beschränkung des Wettbewerbs, ganz gleich in welcher Form (ob durch eigenmächtige Abstimmung des Verhaltens oder durch Inanspruchnahme der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelung), vom Gemeinwohl nicht gefordert wird. Aber durch die konsequente Nichterzwingung des Gesetzes in Fällen der anderen Gruppe würde die Behörde durch den aus der Verfassung hergeleiteten, in den §§ 1 ff. bestätigt gefundenen Grundsatz verstoßen, daß Private nicht eigenmächtig und außerhalb staatlicher Aufsicht den Wettbewerb beseitigen dürfen. Diesem Prinzip entsprechend wurde bereits als Aufgabe der Behörde erkannt, unterschiedslos gegen beide Arten des Mißbrauchs vorzugehen. 28)

Schließlich würde sich das Problem der Auswahl aus der Fülle der Mißbrauchsfälle doch wieder innerhalb der - wie hier angenommen - größeren Gruppe von in jeder Hinsicht unerwünschten Wettbewerbsverzichten stellen.

Das Maß für die Entschließung der Behörde wird vielmehr gesetzt durch ihre Aufgabe, das Ziel des Gesetzes - auch auf Oligopolmärkten den Wettbewerb im weitestmöglichen Umfang durchzusetzen - zu unterstützen. Die Behörde hat die zu untersuchenden Mißbrauchsfälle danach auszuwählen, daß sie diesem Ziel möglichst dienen.

Im einzelnen können hierzu nur beispielhaft einige Gesichtspunkte aufgeführt werden. Auszugehen ist von dem Wettbewerb als dem von der Verfassung gebotenen freien Zusammenspiel aller wirtschaftlichen Freiheiten auf dem Markt.

28) oben D.I. 7. und 8. (S. 184 f.).

Ein Mißbrauch, durch welchen eine große Zahl von Marktpartnern der anderen Seite in ihren Freiheiten beschränkt wird, wird wegen dieser seiner breiten Wirkung verfolgt werden müssen.

Ähnlich liegt es, wenn der Mißbrauch lange zurückreicht und bereits so viele Marktpartner betroffen waren, daß das Bewußtsein von der Möglichkeit eines Wettbewerbs auf diesem Markt weitgehend verdrängt ist. Dies ist etwa der "Zustand" im sogenannten reifen Oligopol mit seinen festgefügtten Spielregeln.

Von Bedeutung wird auch das Gut sein, welches auf dem zu untersuchenden Markt angeboten wird. In dem Maße, wie es von der Gesamtheit der Kunden als besonders wichtig angesehen wird, wird auch ein Eingriff geboten sein.

Hiermit verwandt sind die Fälle, in denen das Gut infolge des Mißbrauchs wesentlich "übersteuert" ist. Der Mißbrauch wirkt so durch die übermäßige Bindung von Kaufkraft der Kunden auf diesem Markte in andere Lebensbereiche der Kunden hinüber. Durch Beschränkung des Wettbewerbs auf dem einen Markt wird zugleich die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Kunden auf anderen Märkten beeinträchtigt, da die Bedürfnisbefriedigung der Kunden dort nicht mehr allein vom Ergebnis des prinzipiell freien Interessenausgleichs abhängt, sondern auch von dem Weniger an einzusetzender Kaufkraft.

Aber auch ein Mißbrauch auf einem örtlich begrenzten Markt etwa kann den Eingriff erfordern, obwohl nur verhältnismäßig wenige Marktpartner betroffen sein mögen. Denn durch die Organisation auch der Unternehmen mit nur örtlicher Bedeutung in Verbänden und dergleichen, wird auch von einem solchen Verfahren eine breitere, erzieherische Wirkung ausgehen können.

Die Reihenfolge der genannten Gesichtspunkte begründet keine Rangfolge. Sie können darüber hinaus in einzelnen Fällen zusammentreffen. So wird es sich bei einem stark übersteuerten Gut meist zugleich um ein für die Kunden verhältnismäßig schwer entbehrliches Gut handeln. Hohe Preise lassen zudem auf ein reiferes Oligopol schließen, das wegen seiner in die Breite (auf andere Märkte) und in die Tiefe (in die Vergangenheit) reichenden freiheitsbeschränkenden Wirkung bevorzugt untersucht werden wird.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß entscheidend ist einmal der Umfang eines akuten Mißbrauchs, sodann die Intensität eines bereits zur Institution verfestigten Mißbrauchs, die Schwere der Beeinträchtigung des einzelnen Marktteilnehmers und schließlich die erzieherische Funktion eines Eingriffs über den Kreis der unmittelbar Betroffenen hinaus auf verwandte Märkte, in denen wegen der Ähnlichkeit der Bedingungen zumindest die Gefahr eines Mißbrauchs besteht.

III. DIE ERZIEHERISCHE FUNKTION EINES EINGRIFFS IN AUSGEWÄHLTEN FÄLLEN

Der hoheitliche Eingriff lediglich in einzelnen Fällen des Mißbrauchs muß aus sich selbst gerechtfertigt sein.

Es genügt nicht, darauf zu vertrauen oder zu erreichen zu suchen, daß die von einem Mißbrauch betroffenen Marktteilnehmer den Mißbrauch selbst mit den Mitteln des Privatrechts von Fall zu Fall bekämpfen. Das gilt selbst dann, wenn das Gesetz auf diesem indirekten Wege viel wirkungsvoller durchgesetzt werden könnte, wie die Erfahrung es seit Jahrzehnten für das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes lehrt ²⁹⁾. Denn es gehört nun einmal zum Wesen des Rechts, daß es nach Verwirklichung strebt. Das setzt voraus, daß die Macht gegeben ist, das im Zusammenleben der Menschen durchzusetzen, was der Verstand als ein Gebot des Rechts erkannt hat ³⁰⁾, und zwar auf dem Wege durchzusetzen, der diesem Recht gemäß ist.

Die Konsequenz und Schnelle der Rechtsverwirklichung kann indessen Abstufungen unterliegen je nach der Art des durchzusetzenden Rechts. Das wird schon deutlich, wenn man etwa den staatlichen Strafanspruch (Legalitätsprinzip, § 152 II StPO) mit der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten (Opportunitätsprinzip, § 7 OWiG) vergleicht. Es widerspricht daher nicht dem Wesen des Rechts, daß von dem gesetzlichen Mittel zu seiner Verwirklichung nur behutsam Gebrauch gemacht wird, vorausgesetzt, daß dieser Gebrauch wenigstens schrittweise in Richtung auf eine umfassende Verwirklichung des Rechts führt. Ein solches Vorgehen ist besonders da gerechtfertigt, wo - wie im GWB - erst ein neues Rechtsbewußtsein unter den Bürgern entstehen soll.

In der Behutsamkeit schon des Gesetzgebers ³¹⁾ ist die Überzeugung zu erkennen, daß das neue Recht nicht mit letzter Konsequenz und Eile durchzusetzen sei. Ein Beispiel hierfür war die zurückhaltende Formulierung und Auslegung des § 81 II, der die Verfolgung eines als Ordnungswidrigkeit qualifizierten Verstoßes gegen das Gesetz zum Gegenstand hatte ³²⁾. Nach dieser Vorschrift sollten nicht alle Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden können, sondern nur solche, bei denen ein öffentliches Interesse an der Verfolgung bestand. Das bedeutet eine Einschränkung gegenüber § 7 OWiG, der von einer möglichen Verfolgung nur Bagatellfälle ausnimmt. Aber noch in den Fällen, deren Verfolgung als Ordnungswidrigkeit im öffentlichen Interesse steht, war die Verfolgung - anders als in § 7

29) vgl. SPENGLER, Betrieb 56, 958 r. Sp.

30) MÜLLER-ERZBACH, AcP, 154. Bd. (Bd. 34 d. n. F.), S. 306.

31) BARTHOLOMEYCZIK, GEM. KOMM., 2. Aufl., Vorb. 14 vor §§ 22-24.

32) vgl. hierzu v. KÖHLER, NJW 62, 1942 u. KARTTE, NJW 63, 622, zu § 81 a. F.

OWiG - in das Ermessen der Behörde gestellt ³³⁾.

Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er an die Möglichkeit glaubt, die erstrebte Ordnung durch andere Mittel als unmittelbaren hoheitlichen Zwang zu verwirklichen. Im Rahmen des § 81 II war dabei vor allem an eine Einwirkung durch "Raterteilung" oder "Vereinbarungen" zwischen Behörde und Wirtschaftsteilnehmern gedacht ³⁴⁾.

Es besteht aber kein wesensmäßiger Unterschied zwischen diesen Formen der Beeinflussung und der psychologischen Beeinflussung, die von ausgewählten Eingriffsfällen auf die übrige Wirtschaft ausstrahlt. Alle diese Maßnahmen stehen unter dem Leitgedanken, daß die gewaltlose Überzeugung der Wirtschaft einstweilen im Vordergrund zu stehen habe ³⁵⁾.

Selbst v. KÖHLER, der sich gegen die bisherige Handhabung des § 81 II wendet, erkennt an, daß der Behörde durch das Mißbrauchsprinzip das Mittel an die Hand gegeben werde, ihren Eingriff von einer Abwägung faktischer Interessen, d. h. davon abhängig zu machen, ob überhaupt ein gesetzgeberisches Interesse an einem Eingriff vorliegt ³⁶⁾. Auch er geht also davon aus, daß der Gesetzgeber nicht in jedem Mißbrauchsfall, der an sich einen Eingriff rechtfertigen würde, ein Interesse am Einschreiten zu haben braucht. Das setzt aber die Überzeugung voraus, daß trotz des Nichteingreifens in einem Teil der Fälle, das Recht sich durchsetzen wird.

Auf dem Vertrauen in die Wirksamkeit gezielter Eingriffe beruht auch die US-Antitrustpraxis. Nach SPENGLER verfolgen die amerikanischen Behörden die "erzieherische Absicht, durch Anklagen gegen ausgewählte Sündenböcke auch die übrigen Verletzte zu freiwilliger Unterwerfung unter die in einem Musterfall beispielsweise erarbeiteten Kartellrechtsgrundsätze zu bewegen. Diese Rechnung scheint auch im großen und ganzen aufzugehen; denn zumindest die anwaltlich beratenen Großbetriebe, welche im Scheinwerferlicht der öffentlichen Antitrustdiskussion stehen, können es sich kaum leisten, die Lehren der in einem solchen test-case ergangenen Entscheidung unbeachtet zu lassen." ³⁷⁾

33) KARTTE, NJW 63, 623 f.

34) KARTTE, NJW 63, 624 r. Sp.

35) vgl. auch GÜNTHER, Kartelle und Monopole, S. 86 unten; KARTTE, NJW 63, 624 r. Sp.

36) so sinngemäß v. KÖHLER, NJW 62, 1945/46.

37) Betrieb 56, 958 I. Sp.; vgl. auch RAHL, Public Policy, S. 27: Die Furcht vor Strafverfolgung könne allein schon dazu führen, daß die Unternehmen darauf verzichten, der Neigung oder dem Zwang, to fix prices, nachzugeben

BÖHM nennt es eine Erfahrungstatsache, daß "nichts mehr dazu beiträgt, ein ... dem Wettbewerb günstiges Klima zu erzeugen, als der Erlaß eines Kartell- oder Antitrustgesetzes ... Denn sobald einmal ein solches Gesetz existiert, beginnt sich die öffentliche Meinung mit dem Problem der ökonomischen Macht zu befassen ... Wenn sich aber erst einmal das Gespräch dieser Tatbestände angenommen hat, dann kann man sich darauf verlassen, daß nach wenigen Jahren die Idee des Wettbewerbs sichtbar an Volkstümlichkeit zugenommen hat." 38)

HIRSCH hat das Wort von der "faktischen Kraft des Normativen" geprägt, die so zu verstehen sei, daß die Erfüllung oder zwangsweise Durchführung von Postulaten zur Änderung von faktischen Situationen und Verhaltensweisen führe 39).

Diese Beispiele zeigen, daß die Überzeugung von der erzieherischen Wirkung eines Gesetzes gegen eigenmächtige private Wettbewerbsbeschränkungen weit verbreitet ist und auch den Gesetzgeber geleitet hat. Erst diese Überzeugung rechtfertigt es, die Eingriffsbefugnis der Verwaltung auf ausgewählte Fälle zu beschränken.

IV. NON-ENFORCEMENT ALS AUSDRUCK RECHTSSTAATLICHER ZURÜCKHALTUNG

In dem Verhältnis von Mißbrauch, als Verstoß gegen die dem einzelnen von Verfassungen wegen aufgegebenen Achtung der gleichen wirtschaftlichen Freiheit der Marktpartner, zu der beschränkten Eingriffsbefugnis der Behörde offenbart sich die Spannung zwischen dem sozialen und dem liberalen Element des Rechtsstaates, die nie zum Ausgleich gebracht werden können, sondern stets Aufgabe bleiben.

Der moderne Rechtsstaat hat die bis zum Ausgang der Weimarer Periode herrschende "formale" Rechtsstaatsauffassung überwunden. "Rechtsstaat" ist nicht mehr nur die Form der Ausübung der Staatsgewalt, die Gesetzmäßigkeit aller Rechtsanwendung im Staate, die feste Umgrenzung der Befugnisse der Verwaltung sowie geordneter Rechtsschutz. Vielmehr verkörpert der Rechtsstaat im Sinne der "materialen" Auffassung in sich den Schutz der persönlichen und poli-

38) Kartelle und Monopole, S. 24; im gleichen Sinne GÜNTHER, dortselbst S. 86; vgl. auch STRICKRODT, Kritische Bestimmung, S. 24: "Das GWE selbst verhindert durch seine bloße Existenz die Entfaltung von auf Selbstgestaltung der Unternehmenskooperation gerichteten Bestrebungen".

39) HIRSCH, JZ 62, 5 1.Sp.

tischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung ⁴⁰⁾.

Hier soll als entscheidender Wesenszug die Zurückhaltung des Staates gegenüber den Bürgern, die Gewährleistung selbstverantwortlicher Lebensführung, hervorgehoben werden. Mit der Anerkennung einer Freiheit des einzelnen in diesem umfassenden, positiven Sinn, die nicht mehr nur als Freiheit vom Staat gesehen werden kann, erwacht dem Staat zugleich die Pflicht, das in seiner Macht stehende zu tun, um den Bürgern dort die Freiheit zu sichern, wo sie trotz eigener Zurückhaltung, also durch sonstige Mächte, bedroht ist.

Der Schutz der Freiheit fordert zugleich Zurückhaltung und Eingriff des Staates, um die formal gleiche Freiheit der Bürger durch Eindämmung sozialer Übermacht einzelner von ihnen mit materiellem Gehalt zu erfüllen. Durch den Schutz der persönlichen Freiheit als Eigenwert wird der liberale Staat zum sozialen Staat im rechtsstaatlichen Sinne. ⁴¹⁾ Er wird überwiegend Sozialstaat in dem Maße, wie der Zwang sich ausbreitet, weil die freiwillige Rücksichtnahme auf die Freiheit der andern abhanden kommt. Auf dieses unlösbare Verhältnis von Freiheit und Freiwilligkeit hat besonders FECHNER aufmerksam gemacht ⁴²⁾.

Von Staats wegen ist mit der Eingriffsbefugnis des § 22 IV, wie sie hier verstanden wird, dem Rechtsstaatsprinzip insoweit Genüge getan, als er sich die notwendige Zurückhaltung auferlegt hat. Zugleich ist das Schicksal des Rechtsstaates in die Hände sozialmächtiger Privater gelegt. Bescheiden sie sich freiwillig in dem geforderten Sinne, m. a. W., rechtfertigt sich die an die begrenzte Eingriffsbefugnis geknüpfte Erwartung, dann ist die Rechtsstaatlichkeit gewahrt. Im anderen Fall ist der Rechtsstaat beseitigt, soweit die formelle Freiheit einzelner durch die soziale Übermacht anderer ihres materiellen Gehaltes entleert wird. Der Staat wird so gezwungen, weitere Machtmittel einzusetzen, welche die eine Gefährdung des Rechtsstaates möglicherweise nur durch eine andere ersetzen, die aber wenigstens das Gerechtigkeitsprinzip der gleichen Freiheit für alle gewährleisten.

40) SCHEUNER, Neuere Entwicklung, S. 247, 250; vgl. auch FECHNER, Freiheit und Zwang, S. 10.

41) vgl. besonders SCHEUNER, Neuere Entwicklung, S. 262.

42) Freiheit und Zwang, S. 17; auch BACHOF, VVDStL 12, 46 und F. 25 dortselbst.

V. EINGRIFFSERMÄCHTIGUNG ERGÄNZT DEN GEFUNDENEN MISSBRAUCHSBEGRIFF

Das Eingriffsrecht der Behörde in Absatz 4 ergänzt somit den Mißbrauchs begriff, so wie er hier verstanden wird. Beide zusammen werden überdies den Forderungen eines sozialen Rechtsstaates voll gerecht.

Dieser Staat ist eben nicht nur Wohlfahrtsstaat, der seine ordnenden Eingriffe danach ausrichtet, daß sie das materielle Wohl einzelner vor der Gefährdung durch die soziale Übermacht anderer schützen, m. a. W., private Wettbewerbsbeschränkungen erst dann verbietet und verfolgt, wenn sie zu unangemessenen Bedingungen für die Marktpartner führen.

Auf dieser engen sozialstaatlichen Auffassung beruht die wohl herrschende Auslegung des Mißbrauchs begriffs mit der Folge einer im hergebrachten polizeilichen Sinne verstandenen Eingriffsbefugnis, die nur Bagatellfälle unbeachtet lassen kann.

Der soziale Rechtsstaat dagegen schützt nicht nur das materielle Wohl seiner Bürger, sondern auch und vor allem ihre Freiheiten. Er stellt entsprechend weitergehende Forderungen an den einzelnen. Um sie durchzusetzen, muß er gestaltend und erzieherisch in das Verhältnis der Bürger eingreifen können.

Diese Aufgabe erfordert - bei aller Beschränkung seiner Befugnisse der Quantität nach - die prinzipielle Möglichkeit des Staates, seine Eingriffe nicht etwa erst am materiellen Wohlergehen seiner Bürger zu orientieren, sondern bereits da einzugreifen, wo ihre Freiheiten bedroht sind. Diesem Erfordernis wird nur der hier gefundene Inhalt der Regelung des § 22 II-IV gerecht.

E. BESTÄTIGUNG DER FREIHEITLICHEN ZIELSETZUNG FÜR OLIGOPOLE AUS DER REGELUNG DES GESETZES

Erinnert man sich an die Unsicherheit des Gesetzgebers, der nicht wußte, ob er auch die nicht rechtsverbindliche willensmäßige Verständigung mit § 1 erfaßt hatte ¹⁾ und wie - falls ja - der verbleibende Rest an tatsächlichem Wettbewerbsverzicht zu beurteilen war ²⁾ und nimmt man das zweifellos sehr starke Feilschen der Interessentengruppen um Einzelheiten der Formulierung hinzu, dann erscheint es geradezu als ein Wunder, daß in § 22 eine Regelung entstanden ist, die dem freiheitlichen Grundanliegen des Gesetzes Ausdruck verleiht.

Der Grund ist darin zu suchen, daß sich der Gesetzgeber in jeder Phase seiner Arbeit der Schwere des Auftrages, das Neuland der Oligopole zu erschließen, bewußt war. Es konnte ihm daher nicht daran liegen, der Verwaltung als einziger dafür in Frage kommenden Gewalt von vornherein die Hände bei dieser Aufgabe zu binden, indem er sie an einen in seinem Inhalt von ihm vorgezeichneten Mißbrauchsbegriff fesselte. Das um so weniger, als damit eine Interpretation der Verfassung verbunden gewesen wäre, die der heutigen Auffassung vom Rechtsstaat, für die das Bekenntnis zur werterfüllten, grundsätzlich gleichen Freiheit aller grundlegend ist, entgegengelaufen wäre ³⁾. Er mußte daher Zuflucht nehmen zu einer Formulierung, welche allen künftigen Forschungsergebnissen im Bereich oligopolistischer Märkte Rechnung tragen kann.

Damit hat sich bestätigt, daß die Bemerkungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, soweit sie der zu schaffenden Vorschrift einen engeren Anwendungsbereich zgedacht hatten, tatsächlich nur die Bedeutung eines unmaßblichen Auslegungsversuchs des Gesetzgebers zukommen ⁴⁾.

1) oben B. I. 2. (S. 65) und B. IV. 3. (S. 115 f.).

2) oben besonders B. IV. 3. f (S. 114 f.).

3) oben B. III. 4. b-d (S. 81 ff.).

F. VERGLEICHENDER BLICK AUF DAS KARTELLRECHT DER EWG

I. ARTIKEL 85 EWGV

1. Übersicht

Artikel 85 verbietet in seinem Absatz 1 u. a. alle den Wettbewerb beschränkenden "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen", die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind.

Als Beispiele solcher Verhaltensweisen zählt er, neben anderen, solche auf, die unmittelbar das individuelle Austauschverhältnis auf dem Markt betreffen: Festsetzung von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen, Diskriminierung, Koppelung.

In Absatz 3 ist bestimmt, daß Absatz 1 unter gewissen Voraussetzungen für nicht anwendbar erklärt werden kann.

2. "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen"

Entscheidend für den Inhalt des Art. 85, soweit er Oligopole betrifft sowie für sein Verhältnis zu Art. 86 ist, wie man die "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" des deutschen Textes versteht.

GABRIEL meint, es könne sich nur um "verabredete Praktiken" handeln¹⁾. Die überwiegende Meinung im Anschluß an GÜNTHER dagegen folgt dem Wortlaut, der gerade keine Verabredung voraussetzt, also weder ein formlos verabredetes noch förmlich vereinbartes Verhalten, sondern lediglich ein Zusammenwirken durch gegenseitige Abstimmung der Maßnahmen²⁾. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

-
- 1) WuW 61, 803 oben; ebenso der FRANKFURTER KOMMENTAR, Vorbemerkung 6 zu Art. 85.
 - 2) GÜNTHER, WuW 57, 278/79, nicht ganz unmißverständlich zitiert bei SPENGLER, GEM.KOMM., 2. Aufl., EWG-Kartellrecht, Anm. 35 a.E.; SPENGLER selbst a. a. O. Anm. 35 Mitte, wo er zwar sagt, daß kein sachlicher Unterschied zwischen "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" und "verabredete Praktiken" bestehe, aber damit nur ausdrücken will, daß kein sachlicher Unterschied zwischen Art. 65 MUV und Art. 85 bestehe; HEFERMEHL, Art. 85 Anm. 5; DERINGER, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Anm. 21-23; v. GAMM, Das Kartellrecht, S. 24 Mitte;

Die Begründung von GABRIEL erscheint als nicht stichhaltig. Sie stützt sich zunächst darauf, daß "concerted action", d. h. abgestimmtes Verhalten, wenn es gesetzwidrig sein soll, eine "combination" oder "conspiracy" voraussetzt ³⁾.

Das trifft zu. Sect. 1 und 2 des SHERMAN ACT begnügen sich nicht mit "abgestimmten Verhaltensweisen", sondern fordern ausdrücklich "contract", "combination" oder "conspiracy" (Sect. 1), bzw. "to combine" oder "to conspire" (Sect. 2). Das war es gerade, was die Rechtsprechung in die Zwangslage brachte, die neueren wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse, die lehrten, daß in gewissen Marktformen Verabredungen und "Verschwörungen" gar nicht nötig seien, um den Markt zu monopolisieren, mit diesen alten Formulierungen des Gesetzes in Einklang bringen zu müssen. Im Ergebnis kam es so dazu, daß von den äußerlich erkennbaren "concerted actions" auf die - oft nicht vorhandene - "conspiracy" geschlossen wurde, weil die Verhaltensweisen jedenfalls als strafwürdig empfunden wurden ⁴⁾.

Man würde den Fortschritt, den die Formulierung des Art. 85 gebracht hat, zu nichte machen, wollte man sie im Sinne der überholten Formulierungen des SHERMAN ACT auslegen.

Auch der MONTANUNION-VERTRAG stützt sich mit seinen "pratiques concertées" in Art. 65 § 1 zwar auf die amerikanische Rechtsprechung ⁵⁾, aber eben nicht auf den SHERMAN ACT, der diesen Begriff nicht kennt. Infolgedessen war die Übersetzung der "pratiques concertées" des amtlichen französischen Vertragstextes mit "verabredeten Praktiken" in der nicht amtlichen deutschen Fassung des Vertrages unrichtig ⁶⁾.

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 194:

GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Art. 85 Anm. 10-13; KLEEMANN, Die Wettbewerbsregeln, S. 31; THIESING in v. d. GROEBEN/v. BOECKH, Wettbewerbsregeln, Art. 85 Anm. 2; WOHLFAHRT-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG, Art. 85 Anm. 3; etwas enger dagegen wohl das BKartA im TÄTIGKEITSBERICHT für 1961, S. 61 oben; es komme darauf an, daß mehrere Unternehmen eine Willensübereinstimmung über ihr künftiges wirtschaftliches Verhalten erzielen und diesem Plan entsprechend handeln.

3) WuW 61, 802 Mitte.

4) vgl. SHUBIK, Strategy, S. 328, zum American Tobacco case von 1946; vgl. auch oben Einleitung S. 5/6.

5) so zutreffend GABRIEL, WuW 61, 803 oben.

6) vgl. auch THIESING in v. d. GROEBEN/v. BOECKH, Art. 85 Anm. 2 im Gegensatz zu GABRIEL, WuW 61, 803.

Das zweite Argument GABRIELS gegen die herrschende Lesart der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" ist, daß wir es im Oligopol fast nur mit "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" zu tun hätten. Es sei gerade das Kennzeichen oligopolistischer Märkte, daß jeder Anbieter vernünftigerweise das Verhalten seiner Konkurrenten beachte. Was der eine tun werde, hänge davon ab, welche Reaktionen er von anderen erwarte, und er könne das endgültige Ergebnis der gegenseitigen Dispositionen keineswegs allein und unabhängig bestimmen. ⁷⁾

Auch das ist richtig. Die gegenseitige Reaktionsverbundenheit der Unternehmen im Oligopol ist eine unabänderliche Folge ihrer Marktstruktur und muß so hingenommen werden. Entscheidend ist aber, welche Folgerungen die Unternehmen aus dieser Verbundenheit ziehen. Es ist nicht mehr eine zwangsläufige Folge der Oligopolstellung, wenn Unternehmen sich unter gegenseitiger Abstimmung des Verhaltens in ein friedliches Miteinander schicken, das jeden spürbaren Wettbewerb vermeidet. Sicherlich ist es von ihrem Gewinnmaximierungsstandpunkt her gesehen die "intelligentere" Lösung. Damit steht aber nicht fest, daß man ihnen diesen Weg nicht verbieten könnte. Man kann insoweit sehr wohl jemanden zwingen, weniger Intelligenz zu zeigen als er besitzt ⁸⁾. Nur das ist der Zweck des Verbotes "aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen", nicht dagegen, daß die Unternehmen vor ihrer Reaktionsverbundenheit als solcher die Augen verschließen sollen.

3. Der geschützte Wettbewerb

Bei der Bestimmung des Wettbewerbsbegriffes des GWB wurde der enge Zusammenhang zwischen Wettbewerbs- und Freiheitsschutz erkannt. Wettbewerb erschien dort nicht nur als gesetzliche Institution zur Verwirklichung bestimmter ökonomischer Ziele, sondern vor allem zur Durchsetzung der wirtschaftlichen Freiheiten auf dem Markt.

Die Zielsetzung des EWG-Vertrages ist dagegen zunächst rein ökonomischer Natur. Aufgabe der Gemeinschaft ist es, "durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemein-

7) WuW 61, 803 Mitte

8) Das Wort FELLNERS, AER, Pap. and Proc., Vol. XL, May 1950, No. 2, S. 58: "It is impossible to force rival firms to disregard the effects of their moves on one another. No one can be forced to behave as if he possessed less intelligence than he really does", will nur sagen, daß man Oligopolisten nicht zu einem atomistischen Verhalten am Markt zwingen kann; a.A. offenbar GABRIEL, WuW 61, 807 oben (zu F. 26 dortselbst).

schaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind." (Art. 2 EWGV). Von hier aus läge es nahe, einen durch die ökonomischen Ziele bestimmten Wettbewerbsbegriff anzunehmen.

Das scheint die Auslegung zu sein, die der Wettbewerbsbegriff in der französischen Lehre und Wirtschaftspolitik erfährt. Ziel der französischen Wirtschaftspolitik ist nicht der freie, sondern der staatlich reglementierte Wettbewerb, eine "concurrence normalisée" (bzw. "réglementée" oder "organisée") ⁹⁾. SPENGLER meint, von welcher Beschaffenheit der "Wettbewerb" sein werde, der gemäß Art. 85 gegen Verfälschungen geschützt sein soll, könne nach alledem nicht abschließend durch wissenschaftliche Deduktion festgelegt werden, sondern es handle sich dabei weitgehend um eine hochpolitische Frage, die im Ministerrat ausgehandelt und weitgehend durch das konjunkturelle Wohlergehen der EWG-Wirtschaft beeinflusst werde.

Hier sind wieder zwei Dinge auseinanderzuhalten: Erstens, was Wettbewerb ist und zweitens, ob dieser Wettbewerb konsequent durchzusetzen ist oder ob er - von Gemeinschafts wegen - "normalisiert", "geregelt" oder "organisiert" werden soll. Nur das letztere ist eine Frage wirtschaftspolitischer Opportunität. Das vertraglich vorgesehene Mittel zu ihrer Berücksichtigung ist die Nichtanwendbarerklärung nach Art. 85 III. Das Wesen des Wettbewerbs dagegen ist eine vorgegebene Größe und als solche abschließend und mit der nötigen Eindeutigkeit zu bestimmen ¹⁰⁾.

Die überwiegende Ansicht in Wissenschaft und Praxis geht denn auch für Art. 85, 86 von dem allgemeinen Wettbewerbsbegriff aus ¹¹⁾. Diesen Wettbewerb schützt Art. 85 vor eigenmächtigen privaten Beeinträchtigungen und Gefährdungen. Dabei liegt der Ton auf "privaten" ¹²⁾, genau wie dies als durchgängige Zielsetzung für das GWB erkannt wurde.

Trotz der, nach Art. 2 zu urteilen, rein wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Vertrages führt der Institutionsschutz also zwangsläufig wieder zu einem Freiheits-

9) SPENGLER, GEM. KOMM., 2. Aufl., EWG-Kartellrecht, Anm. 37.

10) vgl. oben A.II.4. (S. 43) (Definition).

11) v. GAMM, S. 26; DERINGER, WuW/EWG-Wettb.R., Art. 85, Anm. 24-27; GLEISS/HIRSCH, Art. 85, Anm. 14, 15; v. d. GROEBEN/v. BOECKH, Wettbewerbsregeln, Vorb. A. 1.; KLEEMANN, S. 33; WOHLFAHRT, Vorb. 1 mit 5 vor Art. 85; BKartA, Tätigkeitsbericht für 1961, S. 62.

12) vgl. auch WOHLFAHRT, Vorb. 1 vor Art. 85.

schutz ¹³⁾ und damit zu der verfassungsrechtlichen Problematik privater wirtschaftlicher Macht. Das überrascht nicht. Denn wenn auch die Gemeinschaft selbst keine eigentliche Staatsverfassung hat, so hat sie sich doch mit der Institution des Wettbewerbs zugleich die ihr zugrunde liegenden freiheitlich-demokratischen Grundsätze zu eigen gemacht ¹⁴⁾.

4. Die hoheitliche Freistellung vom Verbot des Art. 85 I durch Erklärung nach Art. 85 III über die Nichtanwendbarkeit des Art. 85 I

Auch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft hat berücksichtigt, daß der freie Wettbewerb nur grundsätzlich selbsttätig die erstrebten ökonomischen Ziele verwirklicht, und daß in manchen Fällen hierfür umgekehrt gerade eine Beschränkung des Wettbewerbs erforderlich ist. Dieser Einsicht trägt die Möglichkeit der Freistellung in Art. 85 III vom Verbot des Art. 85 I Rechnung. Sie setzt viererlei voraus:

1. muß das abgestimmte Verhalten zur Verbesserung
 - a) der Erzeugung oder
 - b) der Verteilung oder zur Förderung
 - c) des technischen oder
 - d) des wirtschaftlichen Fortschritts beitragen;
2. müssen die Verbraucher in angemessener Weise an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden;
3. muß die mit dem abgestimmten Verhalten verbundene Beschränkung der beteiligten Unternehmen für die Verwirklichung dieser Ziele unerläßlich sein;
4. dürfen die abgestimmten Verhaltensweisen den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb ganz auszuschalten.

Schon GÜNTHER hat vorausgesagt, daß die in Art. 85 III normierten Voraussetzungen der Freistellung, soweit diese eine Rationalisierung fördern soll, weit auszulegen sein werden ¹⁵⁾. Diese Auffassung wird durch die Anwendung der Vor-

13) vgl. zum GWB oben A.III.1. (S. 54 ff.).

14) vgl. auch v. GAMM, S. 26: "Dieser allgemeine Wettbewerbsbegriff wird durch die von dem EWGV zugrunde gelegten Verfassungsgrundsätze der Mitgliedsstaaten konkretisiert, die von den Prinzipien des Leistungswettbewerbs ausgehen".

15) WuW 57, 281 unten.

schrift durch das BUNDESKARTFLAMT bestätigt ¹⁶⁾. SPENGLER hebt hervor, daß insbesondere auch nach französischer Auffassung Art. 85 III dazu bestimmt sei, generell die gemeinnützigen von den gemeinschädlichen Marktabsprachen (und abgestimmten Verhaltensweisen) abzugrenzen ¹⁶⁾.

Ohne daß hier auf die möglichen Unterschiede in Einzelfragen zwischen den Freistellungen nach §§ 2 ff. GWB und Art. 85 III EWGV eingegangen zu werden braucht, kann allgemein doch so viel gesagt werden, daß Art. 85 III auf übernationaler Ebene die gleichen Maßstäbe für einen Eingriff in den freien Wettbewerb aufstellt, wie das nationale Verfassungsrecht:

1. erfolgt der Eingriff von seiten der Gemeinschaft als politischer Organisation und
2. muß der Eingriff durch übergeordnete Gemeinwohlerfordernisse zwingend gefordert werden ¹⁷⁾.

Das erste Erfordernis wird auch nicht durch das sogenannte Negativattest durchbrochen. Dieses Attest ¹⁸⁾ ergeht ausdrücklich nur auf Grund der der Kommission bekannten Tatsachen. Es greift damit der Erklärung nach Art. 85 III, die selbstverständlich auch alle sonstigen aufklärbaren Umstände berücksichtigen muß, nicht vor. Die im Rahmen des Negativattests geprüften Verhaltensweisen bleiben trotz dieses Attestes verboten nach Art. 85 I, falls sie dessen Voraussetzungen erfüllen. Allenfalls hat sich die Kommission bei gleichbleibendem Sachverhalt nach dem Vertrauensgrundsatz ihres Eingriffsrechtes begeben.

Die Regelung des Negativattestes ist nahe verwandt mit der Entschließung der Kartellbehörden nach § 22 IV GWB auf Grund notwendig summarischer Prüfung aller ihr vorgebrachten oligopolistischen Sachverhalte, wegen geringer "Schwere" oder "Ausstrahlung" eines Mißbrauchs nicht einschreiten zu wollen ¹⁹⁾.

Das zweite Erfordernis kommt in Art. 85 III weniger klar zum Ausdruck. Es heißt dort nur, daß "den Unternehmen" durch die abgestimmten Verhaltensweisen keine Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die für die Verwirklichung der gemeinnützigen Ziele nicht unerläßlich sind.

16) vgl. bei SPENGLER, GEM.KOMM., 2. Aufl., EWG-Kartellrecht, Anm. 40 (S. 1425 oben).

17) vgl. zum nationalen Verfassungsrecht, oben B.III.4.e (S. 92 ff.) und B.III.4.f (S. 95 ff.).

18) Art. 2 der VO Nr. 17 des Rats v. 6.2.1962, BGBl. II, S. 93, III, S. 931.

19) vgl. oben D.II.2. (S. 186 ff.), wobei natürlich in diesem Fall ein Vertrauensschutz mangels Bekanntgabe der Entschließung ausscheidet.

Man könnte vielleicht zweifeln, ob diese, auf die Unternehmen statt auf den Wettbewerb bezogenen Beschränkungen nicht im Sinne einer aufgezwungenen Fremdbeschränkung im Gegensatz zur freiwillig übernommenen Selbstbeschränkung zu verstehen sind, mithin nicht so sehr ein Wettbewerbs-, sondern ein Unternehmensschutz beabsichtigt ist.

Dieser Auffassung würde aber vor allem die vierte und letzte Voraussetzung der Freistellung entgegenstehen, wonach in keinem Fall den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden darf, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb (völlig) auszuschalten. Diese Bestimmung schützt ganz eindeutig nicht die Unternehmen, sondern den Wettbewerb, ohne Rücksicht darauf, daß den beteiligten Unternehmen eine solche Beschränkung in der Regel angenehm sein würde.

Die Formulierung des Art. 85 III erklärt sich auch zwanglos daraus, daß die bei den letzten Voraussetzungen der Freistellung in dem "ohne daß"-Satz zusammengefaßt werden sollten, um die Regelung nicht noch unübersichtlicher zu machen.

Zutreffend wird deshalb dieses letzte Erfordernis der Freistellung als Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 85 I verstanden²⁰⁾. Solche Beschränkungen können also nur zugelassen werden, wenn sie für die in Art. 85 III genannten Gemeinschaftsziele "unerlässlich", d.h. zwingend erforderlich sind.

5. Bestätigung der Auslegung des § 22 II-IV GWB durch Art. 85

Haben - wie gezeigt - gemeinsame nationale freiheitliche demokratische Verfassungsgrundsätze die Formulierung des Art. 85 bestimmt²¹⁾, so lassen sich in umgekehrter Richtung weniger ausführliche nationale Kartellrechtsbestimmungen - soweit sie, wie § 22 III GWB, auf verfassungsrechtliche Wertungen verweisen - aus Art. 85 ergänzen. Für § 22 ergibt sich damit eine Bestätigung der gefundenen Auslegung des Oligopolmißbrauchs.

Daß Art. 85 vom Verbotsprinzip ausgeht, während § 22 den Eingriff der Behörde erfordert, ist keine Frage mehr der Verfassungsentscheidung, sondern ihrer praktischen Durchsetzung.

20) vgl. etwa SPENGLER, GEM.KOMM., 2. Aufl., EWG-Kartellrecht, Anm. 40 (S. 1425/26); KLEEMANN, S. 52.

21) oben F.I. 3. a.E. (S. 197).

Ebensowenig steht entgegen, daß Art. 85 einen weiteren Anwendungsbereich hat als § 22 II mit III und neben der "aufeinander abgestimmten" Festsetzung von Preisen und Geschäftsbedingungen, Kopplung und Diskriminierung ²²⁾ weitere Verhaltensweisen verbietet, die von der Oligopolregelung des GWB nicht erfaßt werden. Insoweit bleibt der nationale Gesetzgeber aufgerufen, die etwa vorgegebene verfassungsrechtliche Wertung ebenfalls noch zu konkretisieren oder wenigstens - ähnlich wie durch den Mißbrauchsbegriff des § 22 III für das Marktverhalten geschehen - in einer Generalklausel in Bezug zu nehmen. Einen Schritt in dieser Richtung hat die Novelle zum GWB getan.

II. ARTIKEL 86 EWGV

1. Übersicht

Art. 86 verbietet die "mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung" auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.

Er zählt sodann als Beispiele eines solchen Mißbrauchs außer der Diskriminierung und Kopplung die unerwünschten Folgen der in Art. 85 beispielhaft erwähnten Verhaltensweisen auf, insbesondere also "unangemessene" ^Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen.

2. Verhältnis zu Art. 85

Nach GÜNTHER ist Art. 86 neben Art. 85 möglicherweise bedeutungslos, weil das weitgefaßte Koalitionsverbot des Art. 85 bereits alle Fälle treffe, die in Art. 86 nochmals besonders geregelt seien, Art. 86 danach als überflüssig erscheine ²³⁾. Diese Auffassung geht von dem Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz in der Form der Spezialität zwischen Art. 85 und 86 aus. So sieht auch EVERLING das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander ²⁴⁾.

Demgegenüber ist mit der Mehrzahl der Autoren zu betonen, daß sich Art. 85 I und Art. 86 gegen verschiedene Sachverhalte richten ²⁵⁾; Art. 85 verbietet die

22) oben C.II.8. (S. 172 ff.).

23) WuW 57, 283 Mitte.

24) vgl. WOHLFAHRT, Art. 86 Anm. 1.

25) BAUMBACH-HEFERMEHL, Art. 86 Anm. 6; GLEISS/HIRSCH, Art. 86 Anm. 3; DERINGER, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 Anm. 4; THIESING in v.d. GROEBEN/v. BOECKH, Art. 86 Anm. 7.

Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit durch eigenmächtiges privates Zusammenwirken, Art. 86 dagegen richtet sich gegen die mißbräuchliche Ausnutzung einer - sei es eigenmächtig, sei es auf Grund Freistellungserklärung nach Art. 85 III errichteten - marktbeherrschenden Stellung ²⁶⁾. Da nach Art. 85 III nur die Wettbewerbsbeschränkung als solche, nicht ihre weiteren Folgen, erlaubt werden kann, Art. 86 dagegen nur die sich aus ihr etwa ergebenden unerwünschten Folgen erfaßt, können sich die von EVERLING befürchteten Überschneidungen in der Weise, daß aus der erlaubtermaßen den Wettbewerb beschränkenden Vereinbarung nach Art. 85 ein Wettbewerbsverstoß nach Art. 86 hergeleitet werden könnte, nicht ergeben.

Für Fälle nicht erlaubter Wettbewerbsbeschränkungen gilt also, daß zugleich gegen die mißbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 86 und gegen die Grundlage der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 85 vorgegangen werden kann, ein großer Vorteil, wenn aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen nur sehr schwer oder nur in einem zeitraubenden Verfahren festgestellt werden können. Hier können die schädlichen Folgen des Verhaltens möglicherweise schneller vorab beseitigt werden, bevor das Verfahren gegen die Verhaltensweisen selbst entscheidungsreif ist. ²⁶⁾

3. "beherrschende Stellung"

Ist Art. 86 somit neben Art. 85 anwendbar, dann stellt sich nun die Frage, wie sich der Oligopolstatbestand zu dem Tatbestandsmerkmal der "beherrschenden Stellung" verhält.

Es wurde früher im Zusammenhang mit der "Marktstellung", die in § 22 GWB die Grundlage einer Ausnutzung durch Oligopolunternehmen bildet, festgestellt, daß die Marktstellung bei Oligopolunternehmen - anders als beim Einzel- oder beim rechtlichen Kollektivmonopol - nicht gleich der "marktbeherrschenden Stellung" sei ²⁷⁾. Herrschaft ist institutionalisierte Macht und ist beim Oligopol außerhalb der Abstimmung des Verhaltens nicht vorhanden; sie verkörpert sich ausschließlich in dem (abgestimmten) Tätigwerden auf dem Markt.

Folgt man konsequent dieser Auffassung, dann käme man für Art. 86 zum Ergebnis, daß er Folgen aus einem abgestimmten oligopolistischen Marktverhalten nicht erfaßt. Jedenfalls gilt dies für die eigenmächtige private Abstimmung des Verhaltens. Bei Vorliegen einer Freigabeerklärung nach Art. 85 III könnte man

26) vgl. DERINGER, wie F. 25.

27) vgl. oben C. II. 2. b (S. 136 f.).

von einer Institutionalisierung der Marktmacht sprechen, da ja nun schon vor dem Tätigwerden auf dem Markt Anmeldung und hoheitliche Freigabe bestimmter Verhaltensweisen vorliegen, die ähnlich wirken, wie eine - wenn auch unverbindliche - Absprache der beteiligten Unternehmen. Die Folge wäre, daß Art. 86 für Oligopolunternehmen nur gelten würde, soweit es sich um freigegebene Verhaltensweisen handelte. In Fällen abgesprochener Wettbewerbsbeschränkungen dagegen käme es auf eine Freigabe als Voraussetzung der Anwendung des Art. 86 nicht an.

Diese Zweispurigkeit kann nicht im Sinne des Art. 86 liegen. Die Vorschrift läßt an ihrem Beispielskatalog erkennen, daß es ihr nur auf die ungünstigen Folgen kollektiver Verhaltensweisen ankommt. Derartige Folgen sind zwar regelmäßig nur auf Grund einer zuvor durch Zusammenfassung der Unternehmerwillen geschaffenen marktbeherrschenden Stellung möglich, setzen diese aber nicht notwendig voraus, wie das Oligopolbeispiel zeigt. Wenn Art. 86 daher von der Ausnutzung einer "beherrschenden Stellung" spricht, so wollte er damit die Regelfälle bezeichnen, ohne deswegen den Oligopolfall auszuschließen.

Es darf daher auch angesichts des Art. 86 daran festgehalten werden, daß die Ausnutzung einer "marktbeherrschenden" Stellung beim Oligopolunternehmen begrifflich nicht vorstellbar ist.

4. "mißbräuchliche Ausnutzung"

Auch der Mißbrauchsbegriff des Art. 86 soll nur im Hinblick auf den Oligopolmißbrauch des § 22 III GWB betrachtet werden. Es wird sich zeigen, daß er mit ihm nichts gemein hat und auch nicht haben kann.

Der Mißbrauchsbegriff des § 22 III nimmt unmittelbar Bezug auf Wertungen der Verfassung. Er mißt an ihren Verhaltensgeboten das Marktverhalten der Unternehmen. Die entsprechende Norm auf EWG-Ebene ist Art. 85.

Der Mißbrauchsbegriff des Art. 86 dagegen hat keinen verfassungsrechtlichen Gehalt in diesem Sinne, da an ihm nicht das Marktverhalten, sondern das Marktergebnis und sonstige Folgen kollektiver Verhaltensweisen gemessen werden. Er hat daher zumindest Ähnlichkeit mit dem allgemeinen Mißbrauchsbegriff des GWB, mit dessen Hilfe die gesetzlichen oder verwaltungsmäßigen Freistellungen vom Kartellverbot beurteilt werden²⁸⁾. Wie das GWB durch seine Freistellungen - möglicherweise neben anderen Zwecken²⁹⁾ - Gesamtwirtschaft und

28) zu diesem Mißbrauchsbegriff vgl. SARNIGHAUSEN, Mißbrauch, S. 120 und oben C. II. 6. c (S. 154 ff.).

29) vgl. SARNIGHAUSEN, S. 120: "Sinn und Zweck der Freistellung".

Gemeinwohl schützen will, so ergeben sich für Art. 86 diese Ziele aus den dort aufgeführten Beispielen, die möglicherweise aus den allgemeinen Zielen der Gemeinschaft (Art. 2 und 3 EWGV) zu ergänzen sind ³⁰⁾.

5. Die praktischen Folgen eines Mißbrauchs nach Art. 86 und eines (verfolgten) Mißbrauchs nach § 22 III sind ähnlich

Es bleibt somit dabei, daß nicht der Mißbrauchsbegriff des Art. 86, sondern das Verbot des Art. 85 dem Oligopolmißbrauch des § 22 III entspricht.

Für den Monopolmißbrauch des § 22 I mit III dagegen - auch wenn er nach GWB ebenso wie der Mißbrauch des Oligopols eine verfassungsrechtliche Analyse erfordert ³¹⁾ - könnte der Mißbrauchsbegriff des Art. 86 nutzbar gemacht werden. Das ist aber hier nicht die Aufgabe.

Der Vorteil des EWG-Kartellrechts für Oligopolmärkte, allein aus Marktergebnis zu treffen, ohne Rücksicht auf den Nachweis eines "aufeinander abgestimmten Verhaltens" im Sinne des Art. 85 und ohne die Voraussetzung einer Kartellierung nach GWB bei der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung des Oligopolmißbrauchs ³²⁾, ist nur ein scheinbarer.

Anders als das GWB fordert Art. 85 als Voraussetzung für das Vorgehen gegen oligopolistischen Wettbewerbsverzicht den Nachweis von "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen". Dieser schwierige Nachweis wird in Art. 86 ersetzt durch den als leichter zu erbringen erachteten ³³⁾ Nachweis der "marktbeherrschenden Stellung". Im Gegensatz hierzu kommt es nach § 22 II mit III für den beherrschten Markt von vornherein nur auf diesen Nachweis an. Steht fest, daß die Oligopolunternehmen einander keine Konkurrenz machen und auch nach außen keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind, dann ist der Schluß auf einen abgestimmten Wettbewerbsverzicht zwingend.

Wohl besteht der Mißbrauch bei Art. 86 erst in den zusätzlichen Erfordernissen "unangemessener Bedingungen", sonstiger Schädigung von Verbrauchern, Diskriminierung oder Kopplung und dergleichen, doch wurde bei dem Versuch, einige

30) DERINGER, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 Anm. 33; LANGEN, Marktbeherrschung, S. 59 unten, 63 Buchst. c.

31) oben B.III.4. c a.E. (S. 90 unten und 91).

32) erst dann ist nach GWB der Mißbrauch einer Freistellung vom Verbot der abgestimmten Wettbewerbsbeschränkung möglich.

33) DERINGER, WuW/EWG-Wettbewerbsrecht, Art. 86 Anm. 4.

Maßstäbe für den Eingriff nach § 22 IV aufzustellen, festgestellt, daß auch nach GWB das Marktergebnis als Ausdruck oder als Indiz für die "Schwere" der Freiheitsbeschränkung entscheidenden Einfluß auf die Entscheidung über den Eingriff hat ³⁴⁾.

Das praktische Ergebnis des Verbots nach Art. 86, soweit es sich auf Austauschverträge bezieht, und des Eingriffs nach § 22 IV, sind ähnlich. In beiden Fällen wird der Vertrag vernichtet. Nach EWG-Recht (Art. 3 der VO Nr. 17 des Rats) kann die KOMMISSION die Unternehmen verpflichten, den Mißbrauch abzustellen, nach § 22 IV kann so lange "vernichtend" eingegriffen werden, bis das Marktergebnis nicht mehr eine beherrschende "Stellung" der Unternehmen widerspiegelt.

Darüber darf aber nicht der aufgezeigte prinzipielle rechtliche Unterschied der Regelungen in Art. 86 und § 22 III - soweit es um den Oligopolstatbestand geht - übersehen werden. In ihrem rechtlichen Gehalt entspricht dem Oligopolmißbrauch des § 22 III allein die Regelung des Art. 85.

34) oben D. II. 2. (S. 186 f.).

SCHLUSSBETRACHTUNG

RÖPKE nennt es eine ebenso schwierige wie ehrenvolle Aufgabe, für Freiheit, Persönlichkeit, Rechtsstaat und nur in Freiheit mögliche Sittlichkeit zu kämpfen, indem man sich der großen Frage widmet, wie eine wesentlich freie Wirtschaftsordnung auch unter den erschwerenden Bedingungen unserer modernen Industriegesellschaft möglich gemacht und täglich aufs neue gegen den Einbruch des Kollektivismus, aber auch gegen seine Einsickerungen gesichert werden kann ¹⁾.

Von diesem Bemühen ist leider weitgehend nichts zu spüren. Es ist ein für den Gedanken der gleichen Freiheit aller unglückliches Zusammentreffen, daß oft erst durch die Einschränkung dieser Freiheit der höchste wirtschaftliche Nutzen erzielt wird oder jedenfalls erzielt zu werden scheint und daß diese Freiheitsbeschränkung einzelnen Privaten höchst willkommen ist ²⁾. Diesen einzelnen Privaten ist die wohlstandsfördernde Wirkung mancher Freiheitsbeschränkungen ein wertvolles Argument zur Durchsetzung ihrer privaten Interessen. RÖPKE hat die große Gefahr dieses Argumentes erkannt, wenn er es geißelt als "Standard-of-Life-ism" ³⁾.

Ihm wird von einzelnen immer wieder entgegengetreten. Den Vorrang der Freiheit vor dem Wohlstand hat zuletzt GÜNTHER ganz klar ausgesprochen: "In einer freiheitlichen Ordnung bestimmt sich das Optimum an technischem Fortschritt vom Wettbewerb her; der technische Fortschritt ist nur so weit zu vollziehen, wie die Gesellschaftsmitglieder unter Aufrechterhaltung aller ihrer Freiheiten bereit sind, ihn im Rahmen ihrer Bedarfsskala zu realisieren" ⁴⁾.

Die Vertreter der Gegenmeinung bemühen sich deshalb, ihre Überzeugung mit dem für sie gefährlichen Postulat nach Verwirklichung aller wirtschaftlichen Freiheiten in Einklang zu bringen. Hier ist vor allem an MÜLLER-HENNEBERG zu erinnern ⁵⁾. Nach seiner Auffassung schützt das GWB mit der Institution des Wettbewerbs nicht die wirtschaftlichen Freiheiten. Die Freiheit der Wettbewerber ist für ihn nur Reflex des Wettbewerbsschutzes, die Freiheit der Konsumenten nicht einmal Reflex. Obwohl also die Kundenfreiheit für ihn völlig irrelevant ist, versäumt er es nicht zu betonen, daß sie trotz Beschränkung des Wettbewerbs nicht geschmälert werde ⁶⁾.

1) Jenseits, S. 162.

2) oben D.I. 5. (S. 182 f.).

3) Jenseite, S. 167.

4) ZHRWR, Bd. 125, S. 50.

5) oben A.III.3. (S. 58 ff.).

6) A.III.3. (S. 60 Mitte).

Damit droht dem Inhalt des Wettbewerbsbegriffes und der Freiheit eine Aushöhlung, die es erforderlich macht, beide Begriffe von ihrem Grunde aus neu und selbständig aufzubauen. Gleichzeitig ist zu untersuchen, in welcher Gestalt diese Begriffe in das auszulegende Gesetz eingegangen sind.

Das erste wichtige Ergebnis ist, daß im GWB Wettbewerbsschutz identisch ist mit Schutz der wirtschaftlichen Freiheiten aller am Wettbewerbsprozeß Beteiligten ⁷⁾.

Hierauf weiterbauend ist die Frage zu beantworten, ob der Wettbewerbs- und Freiheitsschutz Ausnahmen duldet, welche Maßstäbe hierfür gelten und ob etwa § 22, soweit er sich auf den beherrschten Markt bezieht, eine derartige generelle Ausnahme regelt.

Die Antwort ist zunächst aus der Verfassung durch Auslegung der Freiheitsrechtsgewährleistungen zu ermitteln. Es ergibt sich, daß allen Bürgern grundsätzlich gleiche Freiheit gewährleistet ist. Diese gleiche Freiheit ist ihnen aber nicht um jeden Preis gesichert. Überragende Gemeinwohlerfordernisse können eine Beschränkung der Freiheiten erfordern. Daraus folgt, daß allein Wohlstandsgesichtspunkte nicht ausreichen. Wie die Selbstbeschränkung der Bürger im Verhältnis zueinander, muß auch die ihnen aufgenötigte Beschränkung der Bewahrung der Freiheit im ganzen gelten. Hüter dieser freiheitlichen Gesamtordnung aber ist allein der Staat. Mächtige Private dürfen diese Funktion nicht ausüben. Sie müssen die Freiheiten ihrer Rechtsgenossen achten, bis ihnen der Staat etwas anderes gebietet oder erlaubt ⁸⁾.

Von dieser Verfassungslage ist auch der Gesetzgeber des GWB, besonders auch des § 22, ausgegangen. Seine Äußerungen sind zwar geeignet Verwirrung zu stiften ⁹⁾. Die wörtliche und systematische Auslegung der von ihm geschaffenen Regelung in § 22 II - IV bestätigt jedoch, daß auch in diesem Gesetz keine Ausnahme vom Verbot der privaten Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit aufgestellt worden ist. Die Vorschrift ist in nahezu vollkommener Weise Ausdruck des modernen freiheitlich-sozialen Rechtsstaates. Das gilt nicht nur für das Verbot wesentlicher privater Wettbewerbsbeschränkung in Abs. III, sondern vor allem auch für die Eingriffsregelung in Abs. IV. Mit der Regelung des § 22 II - IV hat sich der Staat die weitestmögliche Zurückhaltung auferlegt und die Verantwortung für das Schicksal des Rechtsstaates in die Hände sozialmächtiger Privater gelegt. An ihnen liegt es nun, durch freiwilligen Verzicht auf vorteilhafte Gestaltungsmöglichkeiten (insbesondere durch abgestimmten Wettbewerbsverzicht) ein übermäßiges Eingreifen des Staates zu verhindern, welches im anderen Falle

7) A. III. 3. (S. 60).

8) oben B. III. 5. (S. 106 f.).

9) oben B. IV., besonders 4. (S. 117 ff.).

unvermeidbar wäre ¹⁰⁾. Der Staat muß den einzelnen vor privaten Beschränkungen seiner Freiheit schützen, selbst um den Preis weitgehender staatlicher Eingriffe in die Freiheiten der Störer. RÖPER kündigt für den Fall, daß die gegenwärtigen staatlichen Mittel für den Freiheitsschutz nicht ausreichen, ein Gesetz zum Schutze des "gesunden" Leistungswettbewerbs an, welches einerseits besser geeignet wäre, die Aktivität von Unternehmen im Namen des Wettbewerbs einzuschränken und andererseits die staatliche Freigabe von Wettbewerbsbeschränkungen zu gewährleisten ¹¹⁾. Das ist kein Paradoxon, sondern ganz einfach die Bestätigung dafür, daß es nicht die Wettbewerbsbeschränkung als solche ist, die verhindert werden soll, sondern allein die unkontrollierte private Beschränkung.

In Übereinstimmung mit Wortlaut, Materialien und logisch-systematischem Zusammenhang des Gesetzes ¹²⁾ wird so das Ergebnis gewonnen, daß ein Oligopol-Unternehmen seine Marktstellung mißbräuchlich ausnutzt im Sinne des § 22 III, wenn sein Angebot auf dem beherrschten Markt nicht Ausdruck eines sich vollziehenden Wettbewerbs im Sinne der gegebenen Definition ist ¹³⁾.

Das Ergebnis entspricht - weil aus der verfassungsrechtlichen Entscheidung abgeleitet - dem gewandelten Gerechtigkeitsbegriff, der nach wohl überwiegender Auffassung erfordert, daß ökonomische Machtpositionen jeder Art auszugleichen oder zu neutralisieren sind ¹⁴⁾.

Von besonderem Interesse ist ein Blick auf die Vorschriften des übernationalen europäischen Rechts, die gleichartige Sachverhalte regeln. Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen in Art. 85 I EWGV sowie die ausnahmsweise hoheitliche Freistellung von diesem Verbot in Art. 85 III EWGV spiegeln die nationale Verfassungsentscheidung wider, wie sie im Mißbrauchsbegriff des § 22 III in Bezug genommen ist ¹⁵⁾. Da das europäische Recht auf gemeinsame nationale freiheitlich-demokratische Verfassungsgrundsätze zurückgeht, darf in ihm die Bestätigung des gefundenen Ergebnisses für das nationale Recht gesehen werden ¹⁶⁾.

Nur auf der Grundlage der so verstandenen Regelung für Oligopolunternehmen in § 22, die nicht von vornherein auf Wettbewerb zwischen solchen Unternehmen verzichtet, ist es der Behörde möglich, in das bisher mit wenig Erfolg erforschte

10) oben D.IV. (S. 191 unten).

11) RÖPER, Zur Grundlegung, S. 291.

12) das alles leugnet BENISCH, vgl. oben A.I.3. (S. 13/14).

13) oben C.II.7.a (S. 159).

14) SCHACHTSCHABEL, Zur Grundlegung, S. 90.

15) oben F.I.4. (S. 199).

16) oben F.I.5. (S. 200 f.).

Gebiet oligopolistischer Verhaltensweisen einzudringen, wie dies der Gesetzgeber verlangt hat¹⁷⁾. Nur so kann in Erfahrung gebracht werden, bis zu welchem Grade den Unternehmen ein sozialverpflichtetes, d.h. unabhängiges Verhalten zugemutet werden darf und ab wann der Staat den Unternehmen Institutionen zur Verfügung zu stellen hat, durch die unter staatlicher Aufsicht der Wettbewerb zu beschränken ist. Diese Prüfung ist Pflicht eines sozialen Rechtsstaates, der aufgerufen ist, unter weitestmöglicher eigener Zurückhaltung den Bürgern ihre Pflichten und Rechte aufzuzeigen, um ihnen die Möglichkeit zur freiwilligen Mäßigung ihrer sozialen Macht zu geben. Es handelt sich, um mit RÖPKE zu sprechen, um einen wesentlichen Beitrag zur Sicherung der Gesellschaft vor dem Einsickern kollektivistischer Elemente durch Einrichtung einer wahrhaft freien Wirtschaftsordnung.

17) oben B.IV.3. (S. 115).

L E B E N S L A U F

Am 10. September 1931 wurde ich als Sohn von Ludwig Beise und seiner Ehefrau Elisabeth geborene Offschanny in Leipzig geboren.

In Kaiserslautern besuchte ich von 1938 bis zur Reifeprüfung im Jahre 1951 Grundschule und Naturwissenschaftliches Gymnasium. Nach einer kaufmännischen Industrielehre studierte ich vom Wintersemester 1953/54 bis zum Wintersemester 1957/58 Rechtswissenschaften an den Universitäten in Heidelberg und Mainz. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Juni 1958, die große juristische Staatsprüfung im Mai 1962 vor dem Justizprüfungsamt in Mainz ab.

Anschließend war ich zunächst als Vorstandsassistent tätig. Im Jahre 1963 befaßte ich mich vor allem mit der Ausarbeitung meiner Dissertation. Seit Januar 1964 leite ich die Rechtsabteilung eines Vertriebsunternehmens. Zu Beginn des Jahres 1966 wurde ich als Rechtsanwalt zugelassen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. Juli 1966.

Klaus Beise



